

自治團體規範的保留， 城市規劃內容的保障及自我保障 *

João Albuquerque
澳門大學法學院助理教授

§1.º 自治團體規範的保留

1. 對地方自治團體的自我規範保留的複雜問題的反思，最近由 VIEIRA DE ANDRADE¹ 及 SÉRVULO CORREIA² 提出。

因此，在綜合及系統化的努力下，須與問題所激發之較重要的疑問以及該作者對疑問所採取的態度保持接觸。

由 VIEIRA DE ANDRADE 提出的首批進退維谷問題聯繫到地方自治團體的自治。一方面，這是“主權國家透過憲法的選擇”或“對國家成立前的群體原始自治的（宣告性）確認”？另一方面，構成一種“根本權利或一種相當於或衍生自個人自治”；反之，是一種“行政分治原則的特殊表現，可能配合民主原則”³？

* 1994/1995 學年澳門大學法學院政法學葡語碩士課程行政法作業報告。

¹ 參見 José Carlos VIEIRA DE ANDRADE，《規章自治及法律保留》，《關於權利、自由及保障內容上地方自由團體規章可接納性的某些反思》，載於科英布拉大學法學院學報，特別版，Afonso Rodrigues Queiró 教授的研究，Coimbra，1984 年，第 19 頁及續後。

² 參見 José Manuel SÉRVULO CORREIA，《在行政合同中的合法性及合同自治》，Coimbra Almedina, Coimbra，1987 年，第 261 頁及後續。

³ 《規章自治…》，見前引，第 20-21 頁。對 Rui MACHETE 而言，對自治團體自治的憲法性規定構成其中一種較明顯的所謂建制性保障。參見第六號意見書，《地方權力及建制自治的概念》，載於《公法及政治學研究》，Oliveira Martins 基金會——行政研究中心，1991 年，570 頁。

科英布拉教授採納這些前提意見⁴或出發點，傾向於進退兩難疑問起點及終點的意義，申言之，地方自治是主權國家透過憲法的選擇及民主原則的特殊表現。

在第一個意義上，VIEIRA DE ANDRADE一方面從地方權力在於國家群體範疇的原則出發，其意願並非純粹存在的條件，反之是自治團體秩序效力的依據⁵。另一方面，考慮到把“地方自治邏輯與國家機器對比是正確的⁶，因為對能否使這框架的自治脫離國家群體組織存疑”⁷。

在第二個意義上，VIEIRA DE ANDRADE認為，“儘管這種相對喪失價值⁸，地方自治團體的自治原則並未有失去其實質的意義。其價值在於承認整體地方團體相對於國家利益的本身利益的憲法保障（第237

⁴ 我們還記得 VIEIRA DE ANDRADE 放棄反映不論在行政自治保障的憲法性解釋方面，還是國家的學說性構建的範圍上，有關自治團體單位的性質及附加入政治及社會體系中的問題。參見前引著作，第19-20頁。自然亦非我們所探討的疑問。

⁵ 同樣地對於 ROGÉRIO SOARES，國家系統當定立一個“用於透過資訊工作程序產生（政治）正當性”——這些資訊與通訊按比例隨“功能區別化”的提升而增長——達到“定立行為模式確定性與適應情況變化多樣化要求的模式圖樣上的柔軟性間的平衡”。因此，“在它那面，以不同的理性標準，構成一種行政當局，一種使用或執行正當性的系統”。參見，《公法及技術社會》，A tãndida Editora，1969年，Coimbra，第131-132頁。

⁶ 在這個意義上，ROGÉRIO SOARES：“當我們指出‘市自治’或以‘較小公共實體’表示，現在我們強調與國家機器作簡單的技術比較，因為原始區分的社會學基礎被分解。如果我們因此接受由於否定與國家機器的等級紐帶，而有相對於國家的市的獨立性；另一方面明顯地市作為國家的一部份，如果我們對此接受較廣義的概念，粗略來說，這相當於公共行政。市並不作為我們所說個人是國家成員這個意義上的國家部份”。參見上述著作第132-133頁。

⁷ 對於 SÉRVULO CORREIA，“憲法規定地方自治團體，取決於有需要透過代表有關居民的本身組織。組織謀求一定人口整體的本身利益，它源自居民發起的而非國家，兩者完全不同”。這仿似與 VIEIRA DE ANDRADE 文章所採納的態度背道而馳，如是者，不是一種純語義的問題，因為 SÉRVULO CORREIA 補充說，“行政當局被識別為自治的行政當局，意即組成該行政當局的法人無須接受國家的政治——行政指導；反之，這取自其成員透過民主方式所表示的意願”。參見《合法性…》，見前引，第262頁。對於一種“城市自治制的羅馬法或自然法概念(Marcello Caetano)，如同國家概念出現前的實況及較之國家有更大的正當性”，參見 Rui MACHETE，第六號意見書，見前引，567頁。

⁸ 相對喪失價值，來自放在地方自治的“組織特徵”的重點上。

條第2款)，因為給予立法者根據第239條再確定的分權指示，透過界定地方自治團體公共實體特別職責領域及透過限定相關機關本身的或專屬權限的範疇來實現本身利益的範圍”⁹。

2. SÉRVULO CORREIA 引出另一個討論問題的見解，這見解產生自職能的區分。自治給予權力分立原則一個新的模式：垂直分立模式¹⁰。正如作者所述，“權力的地域分立決定性地標誌著憲法的結構”¹¹，與此同時，並賦予地方自治團體以國家民主組織的存在條件¹²。

把地方自治團體納入到政治權力的範圍內，即出現地方權力，並這種地方權力直接與憲法規範接觸，把它從“純行政秩序中及從純受法律拘束”的條件中釋放出來¹³。自治意即“適合本身規範，自我規範本身利益的權力”¹⁴。申言之，地方自治現在表現為規範性自治，如同“擁有建基於本身憲法的一種制定規章的權力，一如政府的權力”¹⁵。誠然，當中“地方自治團體並非因為與說明中央行政當局制定規章的權力相同的理由而啓發”¹⁶。

3. 自治團體的規範自治觀念只有按照理解民主原則與合法性原則的不可分離性才能深切地領悟它。而在補償損失或遭受壓抑的範圍及領域的機制內，該觀念就表現出來及構成該觀念。申言之，作為由政治代表所設定的一般市民與公權力間聯繫（民主原則）的法律”¹⁷，它欲迴避

⁹ 《規章性自治…》，見前引，第21頁。

¹⁰ 《合法性…》，見前引，第262頁。

¹¹ 上述著作第263頁。

¹² “地方自治團體亦是協調自身與政治權力的結構，它的民主 *tonus* 對保證（憲法第237條第1款）作出貢獻”。參見上述著作第263頁。

¹³ 同時對於 VIEIRA DE ANDRADE 而言，憲法中明確規定地方自治團體本身的制定規章權，相對應地表示對制定規範保留的保障及強制立法者定立一個地方自治團體實體的專屬規範性權限的範疇：參見《制定規章自治…》，見前引，第21-22頁。

¹⁴ 上述著作第262-263頁。

¹⁵ 上述著作第263頁。

¹⁶ 同書。

¹⁷ 參見 MARZUOLI, “*Principio di Legalità e Attività di Diritto privato della Pubblica Amministrazione*”, 第29-32頁，援引自 SÉRVULO CORREIA，上述著作第264頁註(446)。

在它的領域內，衍生自“民主代表正當性”與“執行法律的一個簡單活動”¹⁸間衝突的自治團體行政的部份活動。這產自對合法性原則的範圍及領域的一種壓抑¹⁹。

誠然，如果國會的保留抽象地是“民主原則的邏輯派生物——規定對於國家群體的主要問題由行使國家代表權的議會討論——毫無爭議地，地方代表性議會則對那些因性質可分割及可縮減地方群體規模及調節到其特殊需要，審議這種內容並對這種內容作決議”²⁰。

這裡表現出一種實現民主原則中心位置的轉移：從國家（議會）區域移到自治團體（代表性議會）的空間，而無損這種轉移危害在那裡所明示的市民意願的自治性存在。此外，比轉移或疊加更大者是真正的增援。

再者，選擇“以行政途徑支配解決地方群體主要問題的政治行政指引”²¹，這是透過投票選舉²²自治團體機關，沒有放棄對民主原則的意義及領域的增援。

明確地失去“法律對國家行政的規範及餘下行爲的優勢”（立法性原則），而以民主原則²³作解釋，透過“加強確保民眾政治權（民主原則）作補償，這是立法的最大理據”²⁴。

為引起自治團體民主代表正當化地方權自治再加上規範自治權，主要表現為擁有獨立的制定規章權，“並不完全與立法性原則相矛盾”²⁵。

¹⁸ 對於行政活動的發展及符合國家各種形式及行政當局與法律間的行政活動，參見 ROGÉRIO EHARDT SOARES，《公共利益、合法性及重要性》，Coimbra，MCALV，第43-99頁。

¹⁹ SÉRVULO CORREIA 概括地談到這問題。參見《合法性…》，見前引，第264頁。

²⁰ 《合法性…》，見前引，第268頁。

²¹ 上述著作第264頁。

²² 市政議會及市政執行委員會直接選舉和堂區執行委員會間接選舉，儘管後者“對有關內容具有非常有限的制定規章權”，但“選舉的方式”賦予它足夠的“民主正當性”。參見《合法性…》，第263頁。

²³ 參見《合法性…》，第264頁。

²⁴ 同樣地，括號是我們加上的。

²⁵ “由於基本指示的格式化配以規章的規範模式，可以確定制定規章權是地方自治的表現。或許更誇張地作出結論，就是擁有建基於這種自治核心的獨立的制定規章權”。參見 SÉRVULO CORREIA，《合法性…》，第264頁，以及註(444)及(445)所引作為結論依據的書目：GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA，《憲法…》，第II卷，

4. 據RUI MACHETE的理解，地方自治猶如“建制的保障”，令其認為有需要存在一個最基本內容，或“當適用在基本權利內容上所使用的概念時須存在自治的主要內容，該內容必須被尊重，否則將受被消滅的懲罰”²⁶。

在著作的另一角度，作者清楚說明其想法，“對我們來說，好像非常同意立憲者的意願，他考慮到這作為法律保留的一部份；關於自治權不可理解的領域，關於建制保障中心內容的事宜及相應的規範。因而肯定屬自治團體的地位（作者的結論），確定其專屬的基本職責、確定本身的財產及財政制度、內部結構模式及部門的組織，以及制度的基礎和人員編制等”²⁷。

5. 誠然，如果民主原則及合法性原則在地方自治團體規範自治觀念的思路下是不可分離的，又如果地方自治的中心或核心在於所理解的規範自治，則不是一般純“發出本身規範的權力”²⁸，而是一種發出獨立規章的權力²⁹。這樣，該等原則間不可分離的聯繫必須容許一度缺口：這體現為發出規章的權力，當源自議會或政府意願時，並非直接以法律為基礎，反之，絕對地以憲法規範為基礎³⁰。

見前引，第392頁及AFONSO QUEIRÓ，《行政法教材》，第432頁。同一意義上，VIEIRA DE ANDRADE，《制定規章自治…》，見前引，第22頁，註(40)。

²⁶ 參見第六號意見書，上述第570頁。

²⁷ 上述著作第575頁。

²⁸ “地方自治是…由一大堆要素構成，只有這些要素相互聯繫才能說得上是一個真正的自治權。缺乏上述的其中某項要素就使地方實體隸屬於國家之下。這裡發生的亦不可能提出一個簡單的自治權概念，例如，奠基於發出本身規範的權力（規範自治權）”。參見António CÂNDIDO DE OLIVEIRA，《地方自治實體法》，Coimbra Editora，1993年，第128頁。

²⁹ 如果地方自治實體自治權作為達到地方自治實體機關民主代表正當化的主要意義的（政治）權力，則規範自治權的本質，在AFONSO QUEIRÓ、SÉRVULO CORREIA及VIEIRA DE ANDRADE的思維方向上，停留在擁有獨立制定規章權上（合法性原則）。

³⁰ 正如AFONSO QUEIRÓ描述，“地方自治團體有自我規範權，這是在憲法中（第242條）規定或承認的一般規範性權限。對於這權力，一般法律的角色只是嚴格地限定這權力，而不能自由地及任意地遏止這權力，因為這一權力的理據主要是源自憲法”。參見《行政法教材》，第452頁。

這種缺口的要求體現為合法性原則另一概念的要求，我們現在對這一概念作廣義的理解，它使憲法的運作如同法律，取替狹義的合法性原則，代之以合憲性原則³¹。

確實地，這尚是一種對廣義理解的合法性原則的意義及領域的壓縮（減退），如果我們固守於其狹義的理解上，則這並非蠶食³²。

自治團體自我規範保留的觀點在這角度上³³並未免除一般資格，但“在空白的空間內，同意在特定的界線內制定規範”³⁴。

6. 如憲法把對“自治團體地位”³⁵的定義交託予法律，則首先須由憲法釐清法律在規定政府與共和國之間，以及與地方自治團體間的關係，兩類關係的意義及領域之法律性質以及其本身的特性。

³¹ 參見 GOMES CANOTILHO，《憲法》，第六版，上述第 913 頁，關於自治規章。亦見“隱含發出規章法定資格”的觀念，在第 914 頁，以及註(9)。

³² 對於 BARBOSA DE MELO，“合法性概念對法治國的公共行政當局提出一個總體上重要的教條式問題。自很久前(例如 R. THOMA)，該概念對我們來說仿似有兩種意義的理解——廣義上，這表述包括 HAURIU 稱為“bloc de légalité”的表述，這即是包括全部行政法形式淵源所規定的原則及規範（憲法、國際協約及共同體的規範性行為、議會的法律及法令、規章及法律的一般原則淵源）；狹義上，其格式只包括載於本意立法行為的原則及規範（議會法律及可能的法令）。參見《行政法 II》，1986/87 學年 Coimbra 法學院課堂授課摘要，Coimbra，1987 年，第 67-68 頁。

³³ 一如 SÉRVULO CORREIA 所註釋，1976 年後的葡國學說一直對接納獨立於政府的制定規章權的問題有分歧，這是獨立於一般立法者的許可。消極意義上，發表這意見的有 GOMES CANOTILHO（《憲法》第四版，Coimbra，1986 年，第 307 頁，及第六版，912-914 頁）、ESTEVEZ DE OLIVEIRA（《行政法 I》，Coimbra，1980 年，115-116 頁）及 GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA（《葡萄牙共和國憲法註釋》第一版第 I 卷，390；及第三版，1993 年，513-514 頁，在法律上提及制定規範的規範憲法）。積極意義上，我們見 AFONSO QUEIRÓ 的立場，《行政職能》，Coimbra，1977 年，第 38 頁；《行政法教材 I》，Coimbra，1976 年，421-427 頁及《規章理論》，法律及社會研究雜誌，XXVI 年，1980 年，第 13 頁。

³⁴ 參見 VIEIRA DE ANDRADE，《制定規範自治…》，見前引，第 22 頁，註(41)，援引 HAUG, “Neue Juristische Wochenschrift”，1962 年，第 675 頁，及 L. PREJO ALFONSO, “La autonomia Local”，載於 Revista de Estudios de la Administración Local y Autonomía，第 229 號，第 51 頁及續後(54，60)。

³⁵ 《葡萄牙共和國憲法》第 239 條。對於地方自治團體地位的範圍，參見 GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA，《共和國憲法…》，對第 168 條註 XX，第 676 頁。

在憲法秩序的發展史中，1933年憲法所賦予政府——因立法者原始最高權威逐漸自我壓抑而對議會有利：在第一階段，透過設立立法權限（相對）保留模式³⁶；在之後階段，透過設定絕對保留模式³⁷，該種按延展依附相對保留內容³⁸之模式，最終確定立法權的現行框架。

假如總督——立法者的角色未被廢除³⁹，但就只有共和國議會專屬權限的領域，則是一種有強度差別的絕對保留領域，當中只有共和國議會可以對此立法；而一些表面屬於議會的相對保留內容亦可以透過共和國議會的給予法律資格（立法許可）也被包含在總督制定法律的活動內，只要該活動為憲法第168條第2款至第5款所規定的框架內則可⁴⁰。

在這樣理解下，立法權限相對保留具有分割權限擁有的意義，但政府方面行使該權限則取決於共和國議會的許可。誠然，可以支持對此之另一種理解（意思是儘管議會可以透過立法許可准許政府行使立法權限，但擁有權限仍為議會專屬權限）。假如第一個理解為支持許可的論

³⁶ “立法權限的（相對）保留模式首次出現在1933年憲法（1945年修正），如同對政府在該憲法的領域內所已取得的廣泛立法權作唯一限制（要不然為少許廣闊）”。參見GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA，《共和國憲法…》，對第168條註I。

³⁷ “在第一部憲法修正案(1982)中加上這規定，因為在葡萄牙共和國憲法的原始文本（這裡追隨其前例1933年憲法）中並無共和國議會的絕對保留領域（先前為表現為法律形式的第164條政治行為），但只有一個具意義的相對保留空間（第167條原文）”。參見上述著作第167條註釋I，第662頁。

³⁸ 第167條的最初行文實質地增大了1945年修正的1933年憲法中被保留內容的目錄，1982年憲法修正案增加現有的d)項至h)項、p)項、s)項、u)項、x)項及z)項，而第1/89號憲法性法律拓寬保留權限的幅度，增添r)項及aa)項。參見上述著作第168條註I，第670頁。

³⁹ 如果是確定的規則，則這些原則擁有表面的特徵，這就是指它們受到優化審斷的限制。我們也許有機會進而接觸規則與原則的區別；現時，我們須注意這樣的事實，就是與學說的最初理解相反，優化不但存在於原則之間，還可以發生在原則之內，如在議會法律保留原則中心的另一面情況：共和國議會擁有專屬權限，但透過先前給予資格的法律（立法許可）由政府去立法，並且事後把政府的法例受共和國議會的政治監督及追認是適法的（共和國憲法第172條）。反之，議會法律保留原則的絕對性塑造（共和國憲法第167條）包括規則，因此，它須服從“全有——或——絕無”的邏輯。誠然，在這領域內，亦可以有這樣的需要，就是要考慮“本意”的規則及例外——當例外正被考究——亦不會修改區分的前提。

⁴⁰ 對於SÉRVULO CORREIA，政府具有對憲法第168條所列舉事宜進行立法的權限，但行使該權限取決於共和國議會的許可，參見《合法性…》，第211頁。

點，則第二個理解為維護行使權限轉移的論點。但該問題並非本文的研究範圍。

按照憲法的效力⁴¹，“地方自治團體地位包括公共財政制度”的規定被納入共和國議會的專屬權限領域內，誠然，受到立法權限相對保留之限制⁴²。

7. 我們現在所關注的問題僅聯繫著法律的意義：形式意義的法律或實質意義的法律？

現代公法學說非常受德國思想的影響，特別是受康德的卓越思想的影響，儘管這種並非獨創思想，但在形式與內容間、主要內容（“wesensgehalt”）與邊際形式間表現在文化的相對主義及每一民族特別的、在其存在的每個歷史時刻所刻劃的集體情感。

“形式法律”——GOMES CANOTILHO的理解⁴³——為立法機關制定的行為，並按照憲法所要求的程序形成的法律；實質意義的法律為所有不取決於形式，而擁有法律規範（*Rechtsatz = Rechtsnum*）特徵的規定⁴⁴。

憲法第168條的條文內，一方面將自治團體通則定義規定在共和國法律內，更多的在獲許可的法令內。這是指對自治團體通則的定義是形式意義法律的保留事宜。

另一方面，由於一般性及抽象性的法律為通則特性所固有，現在放在我們面前是一種實質的法律。在實證法層面上，形式法律具有雙重憲制性，一方面是一般及抽象的法律；另一方面，規定地方自治團體通則又受到被特定化法律保留的限制。

在以實證法角度分析問題時，我們現在以法律教條眼光來看這問題。引用BAPTISTA MACHADO的理論，目的為“某特定多數派的職

⁴¹ 共和國憲法第168條第1款s)項。

⁴² 此外，與發生在地方權力受第167條所例的立法權限絕對保留的事宜不同：地方權力本身管理機關之據位人之選舉（j項）；地方自治團體之產生、消滅及轄區變更之制度（n項）；在地方上向選民直接諮詢（o項）。

⁴³ 參見《憲法》，Almedina，Coimbra，1993年，第827頁。

⁴⁴ 對於此點，作者還補充說：“一個行為可以同時既為一部形式法律及實質法律，但亦可以是形式與內容並非並存；一個規範性內容可以與法律的形式不相符，對應地，命令或範章可以實質地構成法律”。

責及權力聯繫到相應的組織框架，並透過該框架作出規定及限制”⁴⁵；SÉRVULO CORREIA 作出結論：“就是如此，國家多數派的政治權力被屬於國家的職能或職責所限制”。同樣地，我們可以確定地方多數派的政治權力（地方權力）被國家多數派的政治權力所規定的“地方自治團體通則”範圍內所涵蓋的職責所限制。

誠然，“如果範圍較廣的多數派對範圍較狹的權限事宜作決定，則他們的決定是不正當的”，因為“多數派的權力只能是正當究其原因是它可以代表一個完全統一的意願——完全統一是按照該多數派形成的組織範圍的效力”⁴⁶。

爲了國家多數派的權力代表完全統一意願，並按照這種代表的途徑達至正當性，而它的形成的組織框框並不足夠，這須要按照法律的途徑來表示——形式意義的法律。規定自治團體的職責及權限以及它的機關，因此，這規定須服從政治代表民主原則及合法性原則的命令性，而我們所理解爲對形式法律的服從。

誠然，多數派的權力透過該種代表途徑達至正當性亦不足夠。然而須規定，一方面，透過實質意義的法律實現，即是指不能是任何的法律；另一方面，該規定在全部、唯一的框框內，統一地方多數派政治權力的可能，並且同樣地，包括現存的自治團體或在國家群體空間內將設立的自治團體——據此要求法律的通則特徵⁴⁷。

儘管政治——行政自我指導方針稠密化的多樣性，自治團體的通則條件的平等性在憲制的另一層面內表現爲實現市民的平等權，在對一定的自治團體的依附上，表現爲該自治團體賦予他們的居民資格。

特定化法律保留因而構成法律教條的要求。

8. 對於議會法律保留與自治團體間關係所構成的結論，誠然，在其通則的規定內，並不耗盡憲法第239條所載的規範內容，我們是結合憲法第167條及第168條對它進行分析。

⁴⁵ 《參與及分權》，第80頁。

⁴⁶ BAPTISTA MACHADO，《參與及分權》，81及82頁。

⁴⁷ 對於抑制地區自治的通則角色，參見CARLOS BLANCO DE MORAIS，《地區立法自治》，AAFDL，1993年，第113頁及續後。

第239條第二部份規定規範自治組織通則的一般法律“根據行政分權原則”制定，現在須探討這原則與議會法律保留原則間關係，這些關係先前提及是互相衝突的⁴⁸。

誠然，何謂由根據行政分權原則所作的一般法律⁴⁹規範的事宜的要求？

按照SÉRVULO CORREIA理解，“那就意味著通則法本身如果忽視那不可抑制的最低界線，而沒有該界線就不能空泛地跨越地方群體的自我指導權，如是者該通則法將是違憲”⁵⁰。

因此，行政分權原則的出現不但在於地方群體的自我指導權的使命，還在於一種憲法限制⁵¹，並針對立法自由構建原則⁵²。

“這法律的職能——教授繼續表述——是定立職責及權限的框架，否則，就妨礙指導的自治權。這就是說，沒有拘束自治團體機關決定的內容，除非在那些情況下，國家利益優先性明確地須要立法者事先先決定法律的效果；而在規章方面按照一般及抽象的形式作規定，或是由自治團體機關在具體情況下制定法律效果”⁵³。

⁴⁸ 參見SÉRVULO CORREIA，《合法性…》，第270頁。

⁴⁹ 不論是共和國議會的法律，還是依據相應的立法許可由政府發出的法令。

⁵⁰ 參見《合法性及合同自治》，第273頁。

⁵¹ 憲法限制的思考反駁ROGÉRIO SOARES的說話，當他這樣寫道：“國家三種職能中，唯一最自由的是立法職能。只要在法律秩序內，立法者享有絕對的無拘無束。對他的唯一限制並沒有法律性質”。誠然，反駁也只是表面的，因為在教授的教學上“…只有為保障公眾利益才能使用這種自由。有權限按照它所擁護的目的級別，分配社會的物質的及非物質的財產。因此，法例所實現的國家首要利益是按照公正的分配標準，把社會生活的典型問題概要起來”。參見《公共利益…》，第100及101頁。屬於行政當局，在某些情況下，屬於自治團體行當局，它們有權限按照本身的自我指導權實現這種“把社會生活的典型問題概要起來”職務，這是憲法所承認及行政分權原則所賦予的職務。

⁵² 一如VIEIRA DE ANDRADE所述，我們正面對“一種憲法所保證的規範保留”，這產生自規定自治團體制定規章權限的法律是限制或實現行為範圍的法律，而非授予權能或規範性權力的法律。這個意義上，我們可以說自治團體權限保留強制立法者本人，最少限度要作出有意義的表述，而不能放棄實現該保留”。參見《制定規章自治…》，見前引，第22頁。

⁵³ 參見《合法性及合同自治》，第273頁。在註(462)及支持這論點，SÉRVULO CORREIA引述AFONSO QUEIRÓ對這內容的理解：對於憲法第242條所承認普通規範權限，一般法律的角色嚴格來說只是起界定作用，而不能自由地及任意地壓抑它。然而，在

同樣地對於VIEIRA DE ANDRADE，“決定自治組織制定規章權限須要按規定職責同樣的方式作出，而且以綜合的形式，而非以單行法的方式或針對具體的情況或特定的前提。同樣地，仿似法律須綜合的承認自治組織機關有為實現被視為地區群體本身利益所必需的規範權。所以，任何在自治群體職責內減少制定規章權限的行為皆表現為對自治權的限制；因此，必須作出適當的解釋，而不能影響為本身職責的主要中心”⁵⁴。

9. 這意味著對立法者訂定從事自治團體的特定職責及行使一定權限的實質法律制度是否絕對不是適法？

SÉRVULO CORREIA 排除任何輕率的根本結論：“…非經常地成為可能，亦是無論如何，非經常地立法者可以放棄訂立賦予自治團體行政機關的社會活動部門的規制方式”⁵⁵。

並繼續展述：“因此，當時有關利益亦擁有一個精徹的國家規模”，這是指“…儘管只有當一個明確可識別的利益應當凌駕於地方本位主義之上”⁵⁶。

事實上，SÉRVULO CORREIA 心目中所指的是不同範圍及領域的公共利益⁵⁷：一如FREITAS DO AMARAL 所觀察，有些情況利益既同時是國家利益及地方利益，那麼須要立法者參與“去決定考慮優先的利益是國家群體利益——就應當由國家去承擔責任；或如是優先利益為地方利益——因此應當由地方自治團體承擔責任”。該作者補充說，在第237條第2款，“憲法並未表示其目的在於為地方居民謀求本身全部利益，誠然，表示其目的在於為居民謀求本身(某些)利益”，與此同時，立憲者意謂“可以有地方居民本身利益。法律沒有把這些利益賦予其代表機關，合理地考慮除了地方利益外，還包括國家利益；因此，應當由國家的（中央或地方）機關承擔責任”⁵⁸。

同一意義上，再引述對於德國法，SCHIMPF，“Der Verwaltungsrechtliche Vertrag unter besonderer Berücksichtigung seiner Rechtswidrigkeit”，第165頁。

⁵⁴ 《制定規章自治權…》，上述，第22-23頁。

⁵⁵ 《合法性…》，上述，第274頁。

⁵⁶ 《合法性…》，上述，第274頁。

⁵⁷ 參見SÉRVULO CORREIA，《合法性及合同自治》，第265頁。

⁵⁸ 參見FREITAS DO AMARAL，《行政法》，第566-567頁。

須澄清的問題。

當多種性質的利益綜合體落入同一財貨上，或許它們之間相互衝突⁵⁹，那麼立法者可以介入及以對一方或他方有利的方式解決利益的衝突或爭議，或者可以最少地確定解決辦法的標準。利益的公正協調被置於首位的集體利益的思維內⁶⁰。

我們在這情況下面對的一項規則，對於這項規則具有排除“全部——或——絕無”的邏輯價值，當中一種利益優先而以犧牲其他利益為代價，而非面對一項原則，該原則接納該利益的主要中心之實現，只是擱置協調利益的邊際形式⁶¹，而按照衝突的憲法及基本權利的衝突事宜

⁵⁹ 正如當我們探討我們建議研究的題目中城市規劃法展望時，我們有機會證實“與其他行政活動部門對比的城鎮規劃藍圖的特有輪廓，是透過當中所涵蓋的利益的數量、多樣性及重要性而設立。與公共利益——因為很多時為有別於那些行使規劃活動的行政實體所擁有——聯合的有很多其他不同性質及強度的個人或超個人的利益，而傳統分類又被灌輸了嚴峻的及概括主義的思維”。參見 ALVES CORREIA，《城市規劃布局及合法性原則》，學位論文，Livreria Almedina, Coimbra——1989年，第247頁，在註124引述作為意大利學說的參考書目：GOGNETTI, S., “La Tutela delle Situazioni soggettive tra Procedimento e Processo (Le Esperienze di pianificazione urbanistica in Italia e in Germania)”, Perugia, Edizione Scientifiche Italiane, 1987年，第13頁；MAROTTA, “L. Pianificazione Urbanistica e Discrizionalità Amministrativa”, Padova, Cedam, 1988年，第13頁，29。

⁶⁰ 在公正協調衝突內的公共利益對 CARNELUTTI 有責任。參見“Sistema di diritto processuale civile”，第I卷，1963年，第13頁，引述自 ROGÉRIO SOARES，在其著作《公共利益...》，第101頁及第102頁。根據該理論發出以下的批評：“Carnelutti 所議論在正當協調衝突的公共利益然而是一種形式利益。因而應當強調不但是這利益，還有在一定的衝突協調內的利益，都只不過是一種利益，因為如果我們可以說為集體利益時，就是集體需要，並且如果我們可以稱之為如同 Piccardi 所說的首要集體利益時，它就變得更廣泛及更優先”。Coimbra 教授談及 PICCARDI——“La distinzione fra diritto e interesse nel campo della giustizia amministrativa, in Il Consiglio di Stato — studi in occasione del centenario”，第II卷，Roma，1932年。還看意大利學說的參考書目，在第102頁註(7)及(8)所引述。

⁶¹ 在規則及原則的概念及它們之間的區分意義，參見 GOMES CANOTILHO，《衝突的憲法及基本權利的保護》，載於，《立法及司法見解雜誌》，第125年，Coimbra，1992年6月1日，第3815號，第37頁。對於作者“(1) 原則是優化的命令，它的實現須考慮事實及法律的可能性。隨之而來，(2) 它們可以以不同程度來實現。不同的：(1) 規定應當常常被實現...隨之而來，(2) 一項規則是以全部或絕無的邏輯為其特徵，或者該規則是實現或否”。在 GOMES CANOTILHO 的協助下，在註(12)引述全部

上所採取的方法⁶²。

按我們的理解，受影響的並非規則的衝突，而是原則的衝突⁶³。這就是一方面為立法權限保留原則，而另一方面為行政分權原則，而今天則被理解為自治團體規範性保留⁶⁴。

為解決該衝突，SÉRVULO CORREIA 承認有“平衡程式”⁶⁵的需要，並求助於補充性原則，而盡然憲法亦具備一系列的原則：衡量利益原則、適度原則、實際協調原則，這些原則都作為解決憲法上衝突的工具⁶⁶。

假如，一方面，在為中央行政當局各個部門所解釋及定義的各公共利益間浮現利益衝突；另一方面自治團體“按照所收集到居民在建制上的指引而貫徹的公共利益”。而在一種意義上，對於在自治團體機關自由作決定的空間內，給予所收集的居民本身優先的意義不存在一種更強烈的價值提升，或者在相反的意義，賦予國家群體利益優勢，而政府是解釋者。相對於這些公共利益的構成部份或小部份，兩者具有相同的價

R. ALEXY, “Theorie der Grundrechte”, 第 71 頁及續後。在其他作品中，作者論述（權限及程序）規則及（併入規則內之實質）原則構成違憲性監督的標準。亦見 VIEIRA DE ANDRADE, 1976 年葡萄牙憲法內的基本權利, Almedina, Coimbra, 1987 年, 第 220 頁及續後。

⁶² 對於原則的衝突及規則的衝突，參見 GOMES CANOTILHO, 《衝突的憲法…》，第 37 頁及續後。

⁶³ “議會法律保留原則及地域分權原則是相互衝突的”。參見 SÉRVULO CORREIA, 《合法性…》，第 270 頁。

⁶⁴ “但是，被排除的事宜(…)，對國家群體需要規範的規制，儘管對自治團體機關藐視對它的執行，並且透過遵照憲法第 239 條規定所發出的某法律或某些法勾劃自治團體的通則框架，在所有那些法律所援引的自治團體職責及其機關的權限內，對地方群體界定“獲保護”的空間。在為著其機關具有權限及遵行由於按照所收集到的居民在建制上的指引所貫徹的性質那種公共利益，自治團體擁有規範性保留，如缺乏這種保留，則其自治權也只是空口說白話”。參見 SÉRVULO CORREIA, 《合法性…》，第 274 及 275 頁。

⁶⁵ 當引述 MORTATI 的著作“Atticon Forza di Legge e Sindicato di Costituzionalità”，第 65 頁，SÉRVULO CORREIA 教授據此確定地說：“假如第一個原則[議會法律保留原則]對於地方權力機關構成一個完全不可穿透的層面，則其集權的特性幾乎抵銷分權的企圖”。參見《立法性…》，第 270 頁。“當然，必然地平衡程式仿似符合透過法律的資格上，它更是相當於 1976 年後的實際”。

⁶⁶ 參見 VITALINO CANAS, 《適度（原則）》，載於“DJAP”，VI, Lisboa-1994，第 606 頁及續後，當中援引對這些憲法原則的參考書目。

值。這樣，把選擇實現利益及滿足利益的必要的負擔歸於政府及自治團體承擔⁶⁷。

10. 這種情況下，按照先前的驗證，既不能在國家利益的優勢中，亦非為地方利益的專屬性內對話。一方面，補充性原則⁶⁸作為“指引”，因為其解釋不包含在利益自治團體的職責範圍內，因這些利益亦可體現為地方群體利益；故該職責同樣地具有國家的規模，把它的規制推到最大級別，還將解釋立法者參與訂定履行職責及行使地方權力或權限的實質制度。往往平等的憲制性原則或某特定政策的必然性國家規模（如土地政策或保護水資源政策等）促使如此。

另一方面，行政作用優化性原則⁶⁹將決定哪個實體賦有更大資格找出最佳的解決方法。因為只有唯一一個解決方法，而這個方法是所有可能的解決方法中最好的一個。“選擇則落在哪些選擇權限之人手上是一種按照法律的意思所假設的選擇，是最佳的選擇⁷⁰。誠然，為達到該目的，它必須在其職務（munus）的限制內行使”⁷¹。

因而在某種情況下，法律把一系列職責交與作為國家群體總體利益的憲制來解釋，而這系列的職責又分配給中央行政當局各部門（垂直分權），在中央行政當局不免除適用於整個國家地域的規範及不受任何“自治團體規範保留”⁷²的限制下，負責繼續貫徹這些利益。

⁶⁷ 這作為在行使自由裁量權的情況，因為如考慮到行使“拘束行為人的權力，除非按立法者的意願行事，否則不然，並且須服從抽象地由立法者所進行的對財貨的選擇”。參見 ROGÉRIO SOARES，《公共利益…》，上述，第 148 頁。

⁶⁸ 參見《合法性》，第 274 頁。這個意義上，GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA，《葡萄牙共和國憲法》第三版對第 239 條註釋 III，第 887 頁：“在他更苛求的理解中，分權原則指向補充原則，法律應對中央公共機關保留的只是那些為自治團體非有條件貫徹的內容。所有情況下，他以承擔與地方偶然事件有關的所在任務的一般的及完全的權限，而且透過法律，該任務並不賦予其他行政當局的據位人”。亦見 VIEIRA DE ANDRADE，《制定規章自治權》，第 24-25 頁。

⁶⁹ 對此原則，作為公共利益最高權力原則的必然結果，參見 ROGÉRIO SOARES，《公共利益》，上述，第 142 頁。

⁷⁰ 上述著作，第 189 頁。

⁷¹ 上述著作，第 149 頁。

⁷² SÉRVULO CORREIA，《合法性…》，見前引，第 276 頁。

在另一種情況下，立法者透過制定自治群體通則之方法列舉自治群體的職責、使地區居民的需要及利益個別化及將一系列權力賦予其機關。現在，是將能滿足次層需要及公共利益的負擔⁷³歸自治團體承擔。

最後，在另一種情況下，立法者知悉那些是公共利益，同時明白到滿足需要是這些利益的職務，並且不能專屬地交與政府（因與實際問題間空間的差距），亦不能專屬地交與自治團體（由於貼近地區環境，致使可能未能保持一段必要距離或因選擇而產生的矛盾未能保持更全面的眼光）。現在，次層的公共利益並不免除毫無保留的適用規範。這不但對於國家地域，還對於限定相應的地區自治團體的任一部份也如此。那麼，利益的概念同時既有國家的規模，也有地方規模，只有按照實際協調原則，適當地結合兩者，才能達至完全的滿足。放在我們面前的實質領域並不固定在自治團體行政當局及中央行政當局的專屬職責內，而是固定在已統一及透過同一目的所調整的利益間的競爭專屬職責內。

11. 現在我們所關心的最後問題在於要知道對城市規劃自治團體之規範自治性（制定規章權）問題，我們所作的研究的重要性是甚麼？

這聯繫是非常清楚不過，它引起所有城市規劃法律性質的問題⁷⁴。

如果有拒絕提供任何拘束或命令的法律效力計劃⁷⁵，亦有某些計劃，對於計劃所歸責的主體本身產生法律效力；或亦有作為相對人的公共主體或最後是私人受法律效果所影響⁷⁶。

⁷³ 涉及規範權，VIEIRA DE ANDRADE，考慮到“自治團體制定規章權的範圍構成專屬權限的範疇，究其原因為滿足本身利益為目的，以履行其本身職責及按照行使地方實體本身的權力”，參見《制定規章自治權…》，前引，第23頁。

⁷⁴ 假設城市規劃的種類及分類標準的事前分析。對於這事宜參見 ALVES CORREIA，上述著作第187頁及續後。本文只考慮以法律效力為基礎的分類標準。

⁷⁵ 按照“城市規劃目的意義”，沒有不產生法律效果的計劃，誠然，可能有某些計劃對於私人並不具命令性或拘束性法律效力。本文所談論的，實際上是法律效力範圍的擴展。在起先的情況，法律效果在其行為人的範圍內耗盡；在接著的情況，法律效果延伸至其他公共實體，但並不溢出行政當局的範圍；而在最終的情況，私人直接地及無須中介而受計劃的規定所影響。

⁷⁶ 如“行政當局按照其所遇到的法律規則，包括本身的規則，不能放棄與此相聯繫”。參見 ALVES CORREIA，上述著作，215頁。

ALVES CORREIA以其法律效力相對人之相區別的界限為基礎將計劃進行分類，相對應於自我規劃、異類規劃及相互主體間的規劃⁷⁷。

對於城市規劃的法律性質，學說有不同的立場，但明顯的理由是不能在本研究中探討⁷⁸。

往往這樣說，在學說及司法見解中，大部份的主張都對城市規劃作為行政規章⁷⁹般考慮，雖然，它的整部規定都不具有規章的性質。

自治團體的規範權按規章的途徑及透過計劃來表示，因此對後者性質的研究是作為後者意義的研究及範圍的前提。普遍而言，我們都能把這任務實現。

§2.° 城市規劃的概念

1. 憲法承認對房屋的權利⁸⁰，一方面被視為“消極的權利”⁸¹及“積極的權利”⁸²；另一方面又被視為私人及家庭生活的隱私權⁸³和對適當社會設備的權利⁸⁴。然後，憲法又要求按照領土整體重整計劃及以都市

⁷⁷ 《城市規劃》，第208頁。

⁷⁸ 對於不同的學說立場，參見 ALVES CORREIA，上述著作，第219頁。

⁷⁹ 參見 ALVES CORREIA，前述著作第222頁，OSVALDO GOMES，《市指導計劃》，Coimbra Editora，1985年，第20-26頁及第108-115頁。對於 Rui MACHETE，都市化計劃“並非規範行為，而構成非規範內容的一般行政行為，而它統籌在將來實現的自由裁量的行政行為的實施，並在這意義上，減弱行為的擅斷性”。參見第二號意見書，《都市化計劃及草案》。《中央行政當局的界入》，載於《法及政治科學》，看前引，第487頁及第491頁。

⁸⁰ 《葡萄牙共和國憲法》第65條第1款。

⁸¹ “不被任意地剝奪居住或不被阻止獲得一處居所的權利”，以及“維護權，決定國家及第三人的棄權義務，在這意義上，表現為一種與“權利、自由及保障（參見第17條）”類同的權利。見 GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA，共和國憲法，第65條註解I，第344頁。

⁸² 在這角度上，“對房屋之權利構成取得房屋的權利，體現在對實現該目的相適應的國家方式及給付的要求”，並且“牽涉到國家特定的積極義務（第2款、第3款及第4款），以及“解釋及使市民對特定給付企圖正當性”，因為“國家及其他公共實體對這裡所指的憲法義務不履行，構成憲法不作為，並且——應當開展因不作為之違憲性監察機制（第283條）”。GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA，上述著作，第345頁。

⁸³ 《葡萄牙共和國憲法》，第65條第1款後半部份及第62條第1款後半部份。

⁸⁴ 《葡萄牙共和國憲法》，第65條第2款a項後半部份。

化計劃所支持⁸⁵，作為保證一種已規劃及執行的房屋政策，“這些計劃能夠思索及彌補均衡及真正住處的需要”⁸⁶以及涉及與地區及環境管理有直接聯繫的一個總體城市政策（參見第66條第2款a項及b項）⁸⁷。

國家及地方自治團體方面對建築物的監督及透過徵收“必要的”並訂定有關“使用權”之都市性土地的公眾參與（憲法第65條第4款）⁸⁸，其運作作為“房屋之權利保障的必要條件”⁸⁹。

如果對房屋的權利以城市規劃的其它因素為前提，此內容並不耗盡其宗旨。

2. 對某些作者，城市規劃被定義為“被多個法律制度，特別是被制定計劃規制所規定的領土整治活動”⁹⁰。

誠然，這概念除有所欠缺外，對於計劃的特殊及典型的勾劃，亦表現在廣義上，在領土整治活動中的城市化計劃之目的帶來不便。

儘管城市規劃法及領土整治法“在目的方面、在使用的工具及在適用的範圍方面，兩者是如此接近，而後者可以被視為是前者的延續”，但事實上，按 ALVES CORREIA 的理解，可能以相應的規範為基礎，

⁸⁵ 《葡萄牙共和國憲法》，第65條第2款a項。

⁸⁶ 參見 OSVALDO GOMES, J., 《市指導計劃》，Coimbra Editora, Limitada, 1985年，第11頁。

⁸⁷ 參見 GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, 共和國憲法，憲法第65條註解II, 345頁。對於空間及地區的問題，參見 JOÃO CAUPERS, 《國家的周邊行政當局》，Aequitas, 1994年，第155頁及續後。

⁸⁸ 1989年前的行文肯定都市土地的國有化或市有化，與此同時，使生產資料與土地，以及自然資源歸集體所有（第80條c項），這載於憲法修正之事宜限制之間（第288條f項）。經1989年修正後，維持第80條的文本，誠然，現在是這樣“按照公共利益，使生產資料與土地，以及自然資源歸集體所有”，而廢除把它納入憲法修正之事宜限制範圍，這就撤銷它“憲制的明確強制”特徵。另外，憲法第65條第4款，在行文中放棄了對城市土地國有化及市有化的期待。對於生產資料、土地及自然資源間的區別，見 GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, 上述著作第8條註解IV, 395頁。對可都市化土地社會化的批評，作為平等原則保障的技術，參見 ALVES CORREIA, F., 《城市規劃》，第593-598頁。

⁸⁹ 上述著作，憲法第65條註解IV, 第346頁。

⁹⁰ 參見 ANTÓNIO CORDEIRO, 《城市規劃》，載於 DJAP, 第六冊, Lisboa, 1994年，第378頁。

在該兩類法律間勾劃出分界線⁹¹。

因此，“領土整治規範以規則的途徑承擔純指導的特徵，並表現為簡單的指示性及對在地區及國家這種地理框架內所發現的活動的統籌性內容”⁹²，意即“只含有佔有及使用的一般規範”及“限於規定選擇及設定組織及空間使用的標準”⁹³。因而，“並非直接拘束私人，誠然，只是對城市有拘束，這些市應在市的指導計劃內接受這些規範⁹⁴，並且直接地拘束參與制定規範的行政組織”⁹⁵。

“反之，城市規劃法包含直接地拘束行政當局及私人的規則。它的規範具有直接拘束力，並且以具體及清晰的方法設定土地使用及變更對象及制度”⁹⁶。

這裡的意思就是，如果城市規劃不能免除對領土整治問題的關注⁹⁷，同時亦不能免除對“環境整治”⁹⁸有關問題的關注，這樣就有可能在採用城市規劃的概念作為其目的，而設定 *hoc sensu* 的定義。

⁹¹ ALVES CORREIA，〈城市規劃〉，第73頁。

⁹² 參見第176-A/88號法令，當中第1條規定領土整治的地區計劃(Prot)，作為“可規劃及規範特徵的工具”。

⁹³ 參見 ALVES CORREIA，〈城市規劃〉，第73頁。

⁹⁴ 參見第176-A/88號法令12條。

⁹⁵ 特別是領土整治的地區計劃諮詢委員會內的被代理人，他們必須採取必要的措施，以便在其權限內執行這些措施。參見第176-A/88號法令第4條第2款、第6條第1款、第7條及第8條。

⁹⁶ ALVES CORREIA，上述著作，第74頁。

⁹⁷ 正如我們可能有機會驗證到，儘管市發展計劃應服從領土整治地區計劃中的指導，但缺乏後者並不免除有權限之實體要按照善政原則制定前者，考慮到領土整治框架，對該實體阻止成為一種事件 *factum*，即一種拘束的資料，而不失為一種面貌 *faciendum*。對於環境法的問題，參見《環境法》，Ina，1994年及《城市規劃及環境法律雜誌》，IDUAL, Livraria Almedina。

⁹⁸ 學說對在城市規劃法與環境法間設立關係甚具爭議，已假設的有三種學說上的概念：環境法概念作為城市規劃法的一部份，支持者，有 GIANNINI, M.S.，〈環境〉：“Saggio sui Diversi suoi Aspetti Giuridici”，載於RTDP，第23頁(1973)，第15頁及續後，特別是23頁，26頁，37頁，47及48頁；城市規劃法概念作為環境法的一章，支持者有 MICHEL PRIEUR，“Droit de l'Environnement”，Paris, Dalloz, 1984年，第10頁及第11頁；儘管環境法及城市規劃法概念緊密相連，但它們是兩種獨立的規制，這學說受葡萄牙 ALVES CORREIA 所支持，在上述著作第85-88頁。亦見對其他概念的批評，上述著作，第81-85頁。

這樣的領域在一個更總體領域的部份，它的內在判斷力要求它們的接合及互相規制性⁹⁹，兩者又匯合在同一意義上：人類尊嚴¹⁰⁰，並在它與直接圍繞它、標示它及表現它的資料間的關係。

在這角度上或許可以質問對領土整治及城市規劃的思考作為環境權的結構性規模，相對於市民的基本的權利，以及把它納入其他權利內¹⁰¹。

3. 關於經濟計劃¹⁰²，CABRAL DE MONCADA 敘述規劃概念的兩個意義的存在，包括廣義及狹義。“在首個意義上，規劃的現象反映調整各個參與經濟活動（或城市規劃）的主體行為的程序——為使貫徹重合在相應利益觀點下的宗旨，調動一系列資料以達到此目的”¹⁰³。

⁹⁹ 環境法、領土整治法及城市規劃法間的相互規制關係並不排除同心圓觀念，而履行環境、中心核、領土整治、中介地帶及城市規劃、圓周環的觀念。但同時，並不削弱在領土整治的城市規劃，亦不削弱在環境“帝國主義”領域內的城市規劃。對於客體及目的，城市規劃法區別於環境法，而後者的法律規制原則亦不適用於前者。對於更詳盡的論述參見 ALVES CORREIA，上述著作，第 74-81 頁。

¹⁰⁰ 在憲法層面上，“有權利享有一個適合人類、健康的及生態平衡之生活環境”（憲法第 66 條第 1 款）引向市民的基本權利的尊嚴，並納入到“國家之基本任務”內（第 9 條 e 項）。我們的憲法文本在這方面規定在環境內的人的中心性原則，並承認對環境的權利作為一種人類的人格權”。參見 ALVES CORREIA，上述著作，第 77 頁，在註 112 POSTIGLION, A.——“Il Diritto all'Ambiente”, Napoli, Jovene, 1982 年，第 6-9 頁。在德國，提到“對現存生態的最少部份的權利”，相當於“對現存社會最少部份的權利”，這是以人類尊嚴的觀念為基礎（禁止把人作為技術生產世界的簡單客體）或者以生命權、以人格自由發展權或以社會法治國原則為基礎。參見 JORGE MIRANDA，《憲法手則》，第四卷，《基本權利》，第二版（修訂本），Coimbra Editora，1993，第 472 頁，在註(1)所引之參考書目。

¹⁰¹ 這個意義，參見 JORGE MIRANDA，上述著作第 473 頁及第 474 頁。

¹⁰² 參見《經濟計劃法律問題》，Coimbra, Coimbra Editora，1985 年，特別是第 8 頁及第 9 頁。一如該作者所述，“儘管經濟是規劃的最主要土壤，而後者更超越經濟，並可能提及具公共重要性的任何種類活動，從緊密的經濟秩序至城市規劃、醫療、教育等業界。今天，所有這些都是規劃的可能對象”，參見上述著作第 12-13 頁。括號是我們加上的。

¹⁰³ 這裡我們區分規劃及規定，後者只企圖預視對將來產生的現象，無須憂慮調動與此有關的行為資料，見 Paulo C. de OLIVEIRA PENA，《公共行政中的規劃的導論》，第 13 頁，CABRAL DE MONCADA 引述，上述著作第 8 頁註(1)。然而，無規定就無真正的規劃，而無前者的後者又是前後矛盾的，這就是說不能當作是無根據的智力

在第二個意義上，規劃反映一個“經濟優先選擇系統”，“該優先由富有綱領性意圖的活力的（…）公共當局所設定”¹⁰⁴，“為使貫徹那分隔社會經濟‘status quo’的目的”（或在一定居民的居住）¹⁰⁵。

4. 誠然，對行為的觀念，當中反映規劃的綱領性意圖，與該觀念聯繫的另一觀念：程序觀念¹⁰⁶。現在，計劃或規劃（Planung）是一種以發出計劃（Plan）¹⁰⁷為目的之活動，亦是公共當局欲貫徹之目的工具；同時，計劃是某些落實、反映上述活動、計劃或規劃程序結果的活動¹⁰⁸。

規劃是一項行政程序，這就是一系列功能上連結以產生結果、唯一效果為觀點的活動”¹⁰⁹。

或簡單的水上遊戲。對於使用人們所擁有的資源，其觀點為貫徹被認為必需的目的，參見 GINNINL, M. S. — “Pianificazione”，載於 ED, XXXIII, Milano, Ginfrrè，1983 年，第 629 頁，引述自 ALVES CORREIA，上述著作第 169 頁，註 4。對於“context of regional planning”，參見 JOHN GLASSON, “An Introduction to Regional Planning, Concepts, Theory and Practice”，Hutchinson of London，1978 年，第 17 頁及續後。

¹⁰⁴ 或者，轉往行為或轉往未來，這裡是充滿思維的活力。

¹⁰⁵ 參見 CABRAL DE MONCADA, L.S.，上述著作第 8 頁（引號是我們所加上）。對於作為活動的規劃，參見 PETER HALL, “Urban and Regional Planning”，peuguin Books，1975 年，第 3 頁及續後。

¹⁰⁶ 本義，FINKELNBURG, K./ORTOFF, K.M.，把規劃定義為意志形成的複雜程序，協調了知識、評價及意志的要素，其目的制定未來發展的程序。參見 Offentliches Baurecht, München, Beck，1981 年，由 ALVES CORREIA 引述，上述著作第 168 頁，註 3。

¹⁰⁷ 這目的不失為在所有的活動及方法及透過那些活動的統籌（Koordination von Aktivitäten）及這些方法的聯繫（Konnexität von Massnahmen），作為公共當局欲貫徹及統一目的的工具。參見 SCHMIDT-ASSMANN 上述著作，§ 1.，第 4 頁，4a 頁。

¹⁰⁸ 參見 ALVES CORREIA，《城市規劃…》，上述第 168 頁。對於計劃作為一種“continuous process”，參見 PETER HALL，《城市…》，上述第 269 頁及續後，和 ANDREAS FALUDI, “Planning Theory”，Pergamon Press，1973 年，第 261 頁及續後。

¹⁰⁹ 對於行政程序的概念，參見 ROGÉRIO E. SOARES，《行政法》，第 141 頁。對於作為程序的計劃（Plan als Vorgang）及作為這程序產物的計劃（Plan als Produkt dieses Vorgang）間的區別，參見 ALVES CORREIA，《城市規劃…》，上述第 277 頁。

5. 在規劃中，亦同樣地存在一種合理化的觀念。一如CABRAL DE MONCADA所述，如果計劃是以“形態為前提(…)且具質素的形態，完全有別於一種過份仔細及毫無秩序的干預，而是服從於某些時局方面、短暫的純需要”¹¹⁰；他同時亦“要求縮減數量大的選擇，對於行為表現為一定與擁有的資料相容的較細小闊度。這往往是一種合理化運作”¹¹¹。這運作的兩項重要構成部份是診斷及預後¹¹²。對第一項構成部份要自我檢討資料(…)。而對之後，則為所作出不同的“投射”總方針的表現，並對整個診斷階段所觀察的特定趨勢行為的評估”¹¹³。

國家建議把社會合理化¹¹⁴，並容許按照從社會所匯集的合理化標準作出本身作為的合理化¹¹⁵。

¹¹⁰ 參見 CABRAL DE MONCADA，上述著作，第 39 頁。

¹¹¹ 見 GONZALO MARTNER, “Planificación e Pressupuesto por Programas”，第 44 頁及續後，以及 Hans PETER BULL, “Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz”，第 110 頁及續後，引述自 CABRAL DE MONCADA，上述著作，第 10 頁，註(1)。

¹¹² 本義上，SCHMIDEASSMANN 當視規劃為一種多階段的程序，它從列出現有狀況的清單開始，而以制定未來發展的 *prognose* 及規範性秩序草案而結束。參見 SCHMIDT-ASSMAN, E., 載於 ERNST/ZINKAHN/BIELENBERG — “Bundesengesetz Kommentar” 第四冊，第四版，München, Beck，1986 年，§ 1^o，第 4 頁，4a，引述自 ALVES CORREIA，上述著作，第 168 頁，註 3。同時亦見德國的學說及司法見解，當中有 TETTINGER, P. G., “Überlegungen zu einen administrativen ‘Prognosespielraum’”，載於 Deutsches Verwaltungsbatt, (DVBI)，1982 年，第 421-433 頁及 BVerWG，1963 年 8 月 30 日的決定，載於 BVerWGE 16，第 285 頁及 BVerWG U. v., 1971 年 12 月 16 日，載於 BVerWGE 39，第 197 頁及續後(203)。

¹¹³ 參見 CABRAL DE MONCADA, L. S., 上述著作，第 10 頁。

¹¹⁴ 國家在社會生活各階層無所不在的性質使國家成為真正的實現者，免遭寬闊的“規範幔幕”所掩蓋，使行政法為支配我們今天的法律方式，並賦予它統整社會權利的特徵。見 Luiz LEGAZ 及 LACAMBRA, “El Derecho Administrativo en la Situación actual de la Sociedad”，同時還有 “Administración Y Sociedad”，第 30 頁及續後，引述自 CABRAL DE MONCADA, L.S., 上述著作，第 40 頁，註(3)。現代國家的出現為形成整個社會行為的長期單位。參見《公共行政雜誌》，1966 年，第 195 頁，SANCHÉZ DE LA TORRE, 載於 “Rev. de la Universidad de Madrid”，1963 年，第 251 頁；FORSTHOFF, “Traité de Droit Administratif Alemand”，第 126 頁及續後，以及 ZIPPELIUS, 《國家總論》，第 155 頁及續後，引述自 CABRAL DE MONCADA, L.S., 上述著作，第 44 頁，註(3)，補充說：“這活動在規劃中有其主要的法律表示”。

¹¹⁵ 國家採用“一系列受借自私人經濟活動範圍影響的價值，透過這價值，現在我們將可以列出國家（經濟）活動的清單…。國家經濟行為變得合理化，其模式與私人經濟行為為相同”。參見 CABRAL DE MONCADA, L.S., 上述著作第 40 頁及第 41 頁。

6. 除行政程序觀念及合理化觀念外，在計劃內還有合併（Einschmelzung）、交織（Bündelung）、利益相互牽連或利益平均分配（Ausgleich von Interessen）的觀念——屬於計劃中所要達至的所有城市規劃上重要的利益¹¹⁶。

從這種模式顯示計劃是一種慎重考慮的程序（Abwägungsvorgang）及補償程序，或者是一種計劃所觸及的不同利益間的承諾¹¹⁷。

ALVES CORREIA 寫道：“對私人利益的慎重考慮，既是一種利益相對於另一種利益的考慮，也是一種利益與另一種利益共同考慮。其應有的目的是實現利益平均或利益平衡。致使受計劃影響的私人利益在無客觀的理據下，並得到不相同模式的對待，而在制定計劃時，應特別強調平等對待的憲制義務”¹¹⁸。

該名教授補充說：“我們現要說明的是具制定城市規劃權限的機關不但只有義務公正地慎重考慮各種利益衝突，亦同時把克服計劃衝突的義務交由這機關負責（Gebot der planerischen Konfliktbewältigung）”¹¹⁹。

7. 如果在合理化的角度內，診斷及預後兩要素共存——第一個要素表述“現狀的意思”、過去及資料，而第二個要素則傾向於對未來發展的預視或投射；在慎重考慮的角度內，這兩個要素現在所承擔的任務既是收集慎重考慮的材料（zusammenstellung），也是挑選慎重考慮的材料。

透過慎重考慮材料完整性原則（Vollständigkeit des Abwägungsmaterials）¹²⁰，其立足點主要落在慎重考慮程序的第一要素

¹¹⁶ 對於城市規劃的分均分配或補償功能（Ausgleichsfunktion der Bauleitplanung），參見 SCHMIDT-ASSMANN —載 ERNST/ZINKAHN/BIELENBERG，引 § 1^o，4, 4^a 及 226 在 ALVES CORREIA 上述著作第 277 頁，註 177。

¹¹⁷ 參見 KRAUTZBERGER, MICHAEL，載 BATTIS/KRAUTZBERGER/LÖHR, Bangesetzbuch，第二版，München, Beck，1987 年，§ 1^o, 83 在 ALVES CORREIA 上述著作第 277 頁，註 179。

¹¹⁸ 參見《城市規劃》，引自第 284 頁。

¹¹⁹ 克服衝突在德國學說的觀點看來是一種計劃的任務、目的或宗旨。參見 GROH, BERND MARTIN, “Konfliktbewältigung im Bauplanungsrecht (Umweltsschutz durch Bebauungsplanung und Anlagengenehmigungsrecht)”, Düsseldorf, Werner，1988 年，第 38-46 頁，在 ALVES CORREIA，上述著作第 281-282 頁，註 192。

¹²⁰ 這是一個由 BVerWG 所定義的原則，參見 COGNETTI, S.，上述著作第 16 頁，在

上，有權限制定計劃的機關聯繫著進行收集所有慎重考慮所必需的材料，這就是指考慮所有利益及駕禦所有事實及情節¹²¹。這些事實及情節都能最低限度地揭示法律重要性¹²²，並座落在城市規劃的情況層面上¹²³。

透過狹義的慎重考慮利益的原則(*Abwägung in engeren Sinne*)¹²⁴，有權限的機關已具有挑選慎重考慮材料的相對自由。

8. 對於在最後“評價”前沿著整個程序組織利益，有權限制定計劃的機關沒有自由評議的餘地——這種自由裁量權¹²⁵只表現在機關在評議已取得及挑選的利益中達至結果的時刻——這觀念以區分慎重考慮的“程序”及“結果”為基礎，現對司法監督效力具有重要性¹²⁶。

ALVES CORREIA，上述著作第248頁，註127。

¹²¹ GELDER, KONRAD, “Blauplanungsrecht”，第4版，Köln, Schmidt，1984年，第23頁；OLDIGES, M.，上述著作，第228頁，在ALVES CORREIA 上述著作第278頁，註184。

¹²² 對於“對慎重考慮目的具重要性的利益”的概念(*Abwägungserhebliche Interessen*)及重要性的程度一如取決於利益被“達至”的事實(*betroffen*)，這就是“觸及一種計劃性法律意義上十分重要的模式”，參見GOGNETTI, S.，上述著作，第188頁及續後，在ALVES CORREIA，上述著作第279頁，註185及KRAUTZBERGER, M.，上述著作第85頁，100 apud ALVES CORREIA 上述著作註186。

¹²³ 對於ALVES CORREIA，引述COGNETTI（上述著作第123頁）說“不但情況的內在性質示意其重要性標準，還示意私有的結構，在規劃的過程中其情況被納入其中。”參見《城市規劃》，引述第279頁。對於法律不具重要性的概念，在法律上更普遍的其他角度內，以及與法律的冷漠及法律無力作對比，參見EHRARDT SOARES, ROGÉRIO，《公共利益》，引述第1頁及續後。

¹²⁴ 被稱之為狹義的慎重考慮(*Abwägung in engeren Sinne*)，是對每一利益的重要性及優先性的決定。參見上述著作同書。

¹²⁵ 這不是探討自由裁量權複雜問題的時刻，如該權在城市規劃中表現。

¹²⁶ 德國司法見解區分“與程序有關的慎重考慮的瑕疵”(*Abwägungsfehler als Vorgang*)及“與結果有關的慎重考慮的瑕疵”(*Abwägungsfehler als Ergebnis*)對於前者，司法監督未遭到限制，而是對完全決定可能產生該事由作任何查詢持開放態度。後者則相反，受制於限制的審判監督，因為該等瑕疵是關於行政當局自由裁量的選擇，參見COGNETTI, S.，上述著作，第106頁及續後。在ALVES CORREIA，上述著作第286頁，註183。

實質方面，這種區分作用於規劃（或籌劃）及計劃之間¹²⁷。規劃或籌劃是一項以發出計劃為目的活動，反之計劃產生自相應的活動¹²⁸。規劃一詞表示一種行為、程序的觀念¹²⁹，而計劃是某些落實在反映規劃或籌劃程序的結果¹³⁰。

9. 誠然，無市民的參與（Bürgerbeteiligung）及各公共實體的合作不能有適當合理的慎重考慮材料收集。而這些公共實體是指其職責在某程度上被納入到不同及複雜的城市規劃使命內，誠然，又求助於這些使命的內容。

正如 ALVES CORREIA 所說，“在參與及慎重考慮之間，或換話說，在被召喚顯示事實、利益及情節的人的合作與應在所有規劃的行為內出現慎重考慮義務之間”¹³¹，並把這問題交與具規劃權限的機關¹³²，當中存在“功能紐帶或引導線”¹³³。

¹²⁷ 分別相當於德國的專門術語 Plan 及 Planung。參見 ALVES CORREIA，《城市規劃計劃...》，第 168 頁。

¹²⁸ 參見 MAURE, H 上述著作第 332 頁及 MANUEL DA COSTA LOBO，《基本概念、技術概念、居住及其生活空間》，載於《城市規劃法》，統籌者 FREITA DO AMARAL, D., Lisboa, INA, 1989 年，第 17 頁及續後，引自 ALVES CORREIA，上述著作，第 168 頁，註 2。

¹²⁹ ALVES CORREIA，上述著作，第 168 頁，註 13。

¹³⁰ 上述著作第 168 頁。

¹³¹ 《城市規劃計劃》，第 276 頁。按照德國 BVerWG 司法見解，“慎重考慮義務”不但表現為一種有關制定計劃的程序及構成動態成份的慎重考慮程序（Abwägungsvorgang），亦表現為有關計劃內容及構成靜態成份的慎重考慮的結果（Abwägungsergebnis）。參見 BATTIS, ULRICH，載 ERNST/ZINKAHN/BIELENBERG，引述 §1°，225 及 226；KRAUTZBERGER, MICHAEL，上述著作 §1°，84 及 85，引述自 ALVES CORREIA，上述著作第 277 頁，註 180。

¹³² “慎重考慮義務拘束機關，因此不但指向籌劃或計劃，還指向程序（Plan als Vorgang），亦指向計劃或計劃作為此程序的產品（Plan als Produkt dieses Vorgang）。參見 KOCH, HANS-JOACHIM, “Das Abwägungsgebot im Planungsrecht”，載於 DVBI, 1983 年，1127 頁；GELZER, KONRAD/BUSS, FELIX, “Der Umfang des Entschädigungsanspruchs aus Enteignung und enteignungsähnlichem Eingriff”，2^a ed, München, Beck，1980 年，第 23 頁；OLDIGES, MARTIN, Baurecht，載於 ARNT/ KÖPP/ OLDIGES/ SCHENKE/ SEEWALD/ STEINER, Besonderes Verwaltungsrecht, Heidelberg, Müller, 1984 年，第 338 頁；SCHMIDT-EICHSTAEDT, GERD, Einführung in das Umweltrecht, München, Beck, 1987 年，第 109 及 110 頁；

參與既是一種實現計劃的必要方式，然而慎重考慮程序¹³⁴所實現的不是對利益的任一慎重考慮（*Interessenabwägung*），而是對吸收了公正原則的利益的考慮，因為考慮是後者的必然結果¹³⁵。

10. 如果參與共同涵蓋國家及社會¹³⁶，則合作在另一方牽涉在共同權限中直接及間接中央行政當局的部門¹³⁷及地方自治團體¹³⁸。

國家從社會中得到解脫（形式法治國）¹³⁹，然而，免除社會力量的影響¹⁴⁰，這就在承擔擁有統轄權*imperium*¹⁴¹及揪離“相互行動交往及社會磋商”的計劃時¹⁴²，同時將產業社會的技術經濟程序複雜化及多樣化，“返回與社會交往及磋商，以便在新範圍內行使透過辯論、磋商及承諾的管治”¹⁴³。

ERNST, WERNER/HOPPE, WERNER, “*Das öffentliche Bau- und Bodenrecht, Raumplanungsgerecht*”, 2^a ed, München, Beck, 1981 年，第 165 及 166 頁，引自 ALVES CORREIA 上述著作，第 277 頁，註 181。

¹³³ 參見 GOGNETTI, S., “*La Tutela delle Situazioni Soggettive tra Procedimento e Processo (Le Esperienze di pianificazione urbanistica in Italia e in Germania)*”, Perugia, Edizione Scientifiche Italiane, 1987 年，第 97 頁，引述自 ALVES CORREIA，上述著作第 276 頁，註 175。

¹³⁴ “參與規劃程序首先是預備“慎重考慮”，申言之，強調所有那些可能被視為能成為“慎重考慮材料”及必須被慎重考慮的事項”。參見 ALVES CORREIA，上述著作，第 276 頁。

¹³⁵ “在形成市領導計劃的程序內私人參與及各公法主體合作的形式都以達致有權限行政機關認識其所掌握的利益為目的，以便該計劃實現一個對當中涉及的不同利益作合理的權衡（*gerechte abwägung*）”。參見 ALVES CORREIA，上述著作第 275 及 276 頁。

¹³⁶ 參見 BAPTISTA MACHADO, J., 《新社團的假設》，載《散文》，第二卷，第 458 頁。

¹³⁷ 在以保障公共利益為職責的不同的公法主體間，可能表現利益的衝突及對更好貫徹有關的公共利益的觀點存有分歧。參見 ALVES CORREIA，上述著作，第 269 頁。

¹³⁸ “指導市政的計劃應在盡可能的情況反映協調或調和由多個公共行政的機關及主體所代表的公共利益的衝突”。參見 ALVES CORREIA，同書。

¹³⁹ 參見 BAPTISTA MACHADO, J., 上述著作第 449 頁。

¹⁴⁰ 上述著作，第 457 頁。

¹⁴¹ 同樣的統轄權原則上座落於社會本身的中心上。參見上述著作第 449 頁。

¹⁴² 上述著作第 451 頁及第 457 頁。

¹⁴³ BAPTISTA MACHADO，上述著作第 453 頁及第 456 頁。在同一意義上亦有 ROGÉRIO SOARES 教授的看法，“…現在，各地一致承認國家的任務是接納本身的社會秩序——這秩序已非是一種論據，而是一種急須配合的素材。從這種模式，我們今天所謂一種‘創設性行政當局’（*Gestaltende Verwaltung*）、一種‘管理的國家’

現在，“多元化及尊重人類的社會構建成一個交往性容易的行為網絡（*Kommunikativer Handlung*）。正當的權力被識別為市民的意志，多虧其自由交往的界限，疏導權力當局據位人、機關、一般民眾對事物的感覺及觀點。在這個自由思維流轉中，把權力的聯合置在法律中。組織行政當局參與者的行為的法律確保了市民的交往權（*Kommunikativer Macht*）轉變成行政權”¹⁴⁴。

市民的參與及公共實體的合作¹⁴⁵，與此同時，對話式行政行為的形式（*dialogisches verwaltungshandeln*）¹⁴⁶表現為一如集體創作成果的籌劃¹⁴⁷，並賦予它以人的尊嚴。然而，如果只是自我約束為純合理化的觀念時，則不賦予該尊嚴。

（*Regierungstaat*）或行政的國家的存在”。“另一方面，行政當局本身因為在任何時候都須要私人的參與及合作，故必須容忍及接納另一模式它會拒絕的協定方法”。參見《公共利益...》，引述第84頁及第85頁，以及註(69)及(70)，註中更引述ERNST FORSTHOFF的作品，“*Lehrbuch des Verwaltungsrechts*”，第一冊，München und Berlin, C. H. Benk, 1950年，第54頁及續後和第60頁，以及CARL SCMITT, “*Legalität und Legitimität*”，1932年，第8頁及續後。

¹⁴⁴ SÉRVULO CORREIA, 《資訊權及私人參與行政決定的程序，特別是行政決定形成的權利》，載於《行政程序法典研究》，9/10，INA，1月-六月，1994年，第148及149頁，以及註32，註中更引述HABERMAS的著作，*Faktizität und Geltung*，第三版，Frankfurt am Main，1993年，第107頁、第170頁、第209頁及第237頁。

¹⁴⁵ 我們在文章中繼續使用參與及合作的術語，因為ALVES CORREIA給予它這術語（參見《城市規劃計劃...》，上述第250頁及續後），雖然，相對於行政程序法典可能引致詞彙上的混淆，該法典提到行政當局與私人合作原則（第7條）及參與原則（第8條）。亦有作者認為參與的效力不但對於私人，還對於其他公共實體，其私人的權益，一般的（以致公共的），皆可能受到行政程序的決定所影響，而儘管有關的諮詢、聽證或參與並未有法律規定。見ESTEVEZ DE OLIVEIRA, Mário/COSTA GONÇALVES, Pedro/PACHECO DE AMORIM, J., 《行政程序法典評註》，第一冊，第八條註釋III，第165頁。

¹⁴⁶ 參見PITSCHAS (RAINER), “*Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren*”, Munique, 1990年，第96頁、第227頁、第681頁及第700頁。亦參見SÉRVULO CORREIA，上述著作第149頁註33。

¹⁴⁷ 市政籌劃及管理不是市的專屬工作，而是一種集體工作。參見ALVES CORREIA，上述著作第250頁，在註130中引述CHARLES, HUBERT, “*La Nouvelle Planification Urbaine*”，載“*Le Nouveau Droit de L’Urbanisme*”，Paris, Sirey, 1984年，第36頁。對於參與，參見GWYNETH KIRK, “*Urban Planning in a Capitalist Society*”, Croom Helm London, 1980年，特別在第155頁及續後，以及LINCOLN ALLISON, “*Environmental Planning*”, GEORGE ALLEN & Un Win Ltd, 1975年，第97頁及續後。

事實上，SÉRVULO CORREIA 所理解，“…拘束一般立法者去承認參與權必然地源自人類尊嚴的價值及法治原則（憲法第 1 條及第 2 條），這不允許人被作為決定的純客體以代替形成合理表達的動力共同參與人般對待。如無把 *audiatur et altera pars* 納入同一體內，則在程序中的當事人轉換為程序的客體而非程序的主體”¹⁴⁸。

11. 我們的意圖並不在於深入研究這種行政程序觀念，我們只是集中於與參與及合作緊密聯繫的兩個方面。第一是顯示一定的趨勢，如沒有足夠的可見度，而目的在於貶低共同創設性參與¹⁴⁹的價值而抬高交談式的參與¹⁵⁰。在對行政合同的國家法律文獻中，一定程度上使人感覺到的缺陷現欲透過 *superavit* 或 “*partizipationsenphorie*”¹⁵¹ 來排拆，而被命名為對話式的新事物，當模模糊糊地出現在人類社會的現今時代，向其結構及運作喚起根本的現象，如資訊及通訊等現象。

¹⁴⁸ 參見上述著作第 155 頁註 42，註中引述 PITSCHAS (RAINER)，上述著作第 476 頁。對於程序參與作為基本權利的內在規模的同一意義上，見 GOMES CANOTILHO, J. J., 《憲法及程序虧欠》，研究與法律，《葡西公法》，半年刊，2，1988 年下半年；ANTÓNIO DE ARAÚJO, 《行政程序法典及被管理者的參與》，載於《檢察雜誌》，第 14 年，1993 年 1 月-3 月，第 53 期，第 11 頁及續後，特別是第 15 頁及第 16 頁，註(17)，當中引述主要參考書目。為著在程序上的參與並非一種落實在保障法治國原則領域內的基本權利，而只是一種實現民主原則參與領域的行政組織及活動的原則，參見 Pedro MACHETE, 《在行政程序中利害關係人的聽證》，引自 SÉRVULO CORREIA, 《資訊權…》，上述著作第 164 頁，註 41。

¹⁴⁹ 按照 SÉRVULO CORREIA 的理論，“當私人的意願與行政當局的意願相比，具有產生設立、變更或消滅法律——行政狀況的角色時，則參與為共同創設性。相當於此一類型的參與的突出形式是行政合同…”。參見《資訊權…》，上述第 147 頁。對於行政合同的目的，見 ESTORNINHO, Maria João, *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Livraria Almedina, Coimbra — 1990 年。

¹⁵⁰ “我們稱那為（…）互動式參與，在無共同與行政當局在發出主要行為，相對此點，私人繼續塑造造成相對人，保障對後者在整個資訊性對話、評價性對話及綱領性對話的程序中的發出及接收，此幸得它們而在取得、評價、權衡及事實和利益的法律定性上擔任一個實際的角色，按照邏輯由此而產生決定的方向。”參見 SÉRVULO CORREIA, 上述著作第 149 頁。

¹⁵¹ 參見 SCHMITT GLAESER, “*Partizipation an Verwaltungsentscheidungen*”，載於 VVDSTRL, 31, Berlin, New York, W. de Gruyter, 1973 年，第 181 頁，在 ALVES CORREIA 上述著作第 251 頁註 32。

這種趨勢已發展到極點，不但對憲政主義概念框架內¹⁵²及基於人與國家兩分法的政治活動“一元論”的理解提出質疑，還以同一模式使國家單方面權力的本身正當性陷入危機。這表現在行政行為的概念上，而行政法學的學說及司法見解隨著時間漸漸地建立¹⁵³，直至到行政法本身的功能變得模糊不清及混亂¹⁵⁴。

同樣地，正如 BAPTISTA MACHADO¹⁵⁵所說，一種“在‘參與民主’表述下的混亂，當時我們希望參與是補足資本主義國家正當性的最後趨勢”。作者更意義深長地補充說明：“事實上，我們只採用‘民主正當性’作為對國家透過單方決定行使當局權力說明理由。而對於因此而應當履行的國家功能，則並未表示正當性如此虧欠”¹⁵⁶。

同時，這裡注意到涵蓋組別權力的困難¹⁵⁷，這帶有若干擾亂性模

¹⁵² 對於政治活動“一元論”概念及以“三權憲法”取替這概念的難處，被聯結到多元論及集體主義的範例中，參見 Maria Lúcia AMARAL，《利益團體》，憲法十年，INCM，第88-90頁。

¹⁵³ 關於此點，參見 ROGÉRIO SOARES，《行政法》，Coimbra，第51頁及續後。

¹⁵⁴ 對於行政法保護功能及參與/合作角色的問題，見與 ROGÉRIO E. SOARES 不一致的概念，今日行政程序法典化，載法律與公正，第六期，1992，第17-24頁，特別是第20-21頁及第23-24頁，以及 FREITAS DO AMARAL，一級決定程序階段，載法律與公正，引第25-35頁，特別是第25-26頁。然而，附入明示在 FREITAS DO AMARAL 文章的保護概念將被檢討而趨向於一種混合功能或一種雙重功能：已不但是“專橫”的功能，亦非是“自由”的或“保護”的功能，在行政法課程第二版第一冊，Livraria Almedina, Coimbra-1994，第143-145頁。鑒於說明理由命令的法律性質，VIEIRA DE ANDRADE 寫道，“我們實際上正面對一樣東西，當中‘基本權利的迷人光芒’正以特別劇烈的方法行使，那麼實用——實際的的憂慮讓位與一定的‘法律感情’。這種感情可能變成被忘記的、可了解為行政法中一個絕對維護被管理者的規範性構造，誠然，是為實現公共利益，理解到在群體利益與個人及組別的利益間取得平衡”。參見行政行為明示地說明理由的義務，Livraria Almedina, Coimbra - 191，第182及第179頁，註3。

¹⁵⁵ 上述著作第458頁。

¹⁵⁶ 在同一著作的另一步，及按照國家回歸到交往及交涉，BAPTISTA MACHADO 補充說：“然而，這並不意謂可以設定任何主權國家與宮廷國家間的混淆：民主正當化的國家不能遺棄其內部主權，亦不得放棄保障其當局權的義務，只承擔由它負責的一定的任務，以行使並非交涉的職責”。參見上述著作第457頁。

¹⁵⁷ “這樣的權力存在。不是誇張地肯定透過該權力，形成民事團體的自我管理，一部平衡憲法無作者無日期，在任何立憲權的邊沿外創設，故因此而在正當性牢固的標準外”。參見 Maria Lúcia AMARAL，上述著作第91頁。

式¹⁵⁸，在歷史上曾置於國家與個人之間。它們非為國家，但表現如同國家；非為個人，卻利用曾為此而特別賦予的利益框架。人類間的平等源自自由（或者雖非源自自由，亦具有一種自由的不可廢止的使命），雖則在法律下平等，然而在“其利益的不可預見性及為貫徹利益所構建組別的多樣性”¹⁵⁹下是不平等的；這些組別有著不同的規模及作出行為的權力，致使被引進程序中的利益間的競爭變得不平等，並從一定的組別中取得“有利於受害的私人利益在法律上富聯繫性的決定”，損害其他組別及個人，而儘管在利益間不存在任何尊嚴的秩序及不同的觀點或利益所包含的各種展望都應被評價¹⁶⁰。

誠然，還有另一種混淆，而這種混淆現屬於更為教條式的特徵：就是如果參與觀念內在地聯繫到程序的觀念，則這觀念不是一種典型或純正的、葡萄牙系統所依附的拉丁日耳曼行政系統的特徵¹⁶¹。

12. 第二個記錄敘述公共實體合作的意義及範圍。對於 ALVES CORREIA，“國家的干預並不限於（…）中央行政的機構及部門的聯合結合制定指導市計劃的程序。亦表示在政府對通過的計劃市政議會決

¹⁵⁸ 參見 ROGÉRIO SOARES，《公法及技術社會》，第 81 頁及續後。

¹⁵⁹ 參見 Maria Lúcia AMARAL，上述著作第 84 頁。

¹⁶⁰ 參見 KRAUTZBERGER，上述著作 §1^o，86，在 ALVES CORREIA 上述著作第 281 頁，註 192。

¹⁶¹ 在先前所引述的著作（今天行政程序法典）表示行政法的盎格魯撒克遜系統及奧大利系統的特點(1)，ROGÉRIO EHRARDT SOARES 投身在第三類系統。“第三類是指我們的系統，我們稱之為拉丁日耳曼系統，而基本上稱之為行政行為系統。這正是所表示的特點。就是這種從事行政活動的監控而我們的制度具有意義。透過把一系列由立法規範的行政行為架疊在一定已決的事宜上，就是我們將看到是否這事宜滿足公共利益。因此，人們追求結果大於過程”。如果在盎格魯撒克遜制度內，法律的理解聯繫到程序的意義（普通法的程序及衡平的程序）並因此成為自然的“主要義務(modus essendi)”的部份，輸入程序的意義（或更準確地是過程的意義）應特別謹慎（不成為一個草率的附加在一個新原則上），其後果為掩飾它的制度扭曲、變形及失去特徵。這不等於意味制度關閉及不發展，這將有礙於在一定的接近狀況上明顯的事實，如無把制度均衡化，就因此而失去它純正的原始性。在某一不同的狀況內，FREITAS DO AMARAL 在傳統行政系統之外，還識別兩個現代行政系統（一個英國式行政系統或司法行政式行政系統，及一個法國式行政系統或執行行政式行政系統）。參見《行政法課程》，上述著作第 91 頁及續後。除不把奧地利行政系統獨立化外，里斯本教授沒有引述程序及結果的概念作為獨有的特徵（參見上述著作第 105 頁及續後）。

議作‘追認’”¹⁶²。

這種立場目的在於擴展政府的合作，其時間在於市政議會通過計劃，並與防禦政府對自治團體在城市規劃籌劃事宜上¹⁶³作保障的一種混合性質（合法性及適宜性）。

雖然權衡ALVES CORREIA所制定的法律構造，考慮市政機關作出通過行為，作為程序的創設性行為，以及政府作出“追認”行為，作為先前行為效力的補充行為。我們不能依附該名教授的意見作出這樣的結論，“PDM被構思為一種歸咎於市的行為，誠然，須受制於政府對它所作的合法性及適宜性的監督”¹⁶⁴。

§3°. 政府對自治團體在城市規劃籌劃事宜上的監督

1. 在我們面前，已證實存在一種“自治團體規範化的保留”¹⁶⁵，這作為“地方自治權保留”¹⁶⁶最低的、絕對的門檻，可對抗立法者¹⁶⁷，並按照權限原則¹⁶⁸指向法律秩序的多重視角¹⁶⁹。

¹⁶² 《城市規劃計劃》，上述著作第271頁及第272頁。作者引用第77/87號法令第6條第3款；按照PDM，第208/82號法令第16條至第18條。

¹⁶³ “PDM因此而是被構想為一個歸咎於市的行為，然而它從屬於一種政府合法性及適宜性監控的原則作為對產生一定的法律後果不可豁免的要件”（斜字是我們加上的）。參見ALVES CORREIA，《城市規劃計劃》，見第272頁，註174。

¹⁶⁴ 參見上述著作第272頁註174。意義在於“政府對地方自治團體的保障現在被限制在稱為後天*a posteriori*的合法性保障”，見J. OSVALDO GOMES，《城市規劃行動及預防措施》，載於《城市規劃法》，引第309頁。亦見下文§3°，4-7。

¹⁶⁵ 在SÉRVULO CORREIA的說話中，這是一種“保證”地方社區群體，“由自治團體通則限定的空間”，對這空間擁有一個規範化的保留，沒有它就不成為真正的自治。參見《合法性》，第277頁。

¹⁶⁶ “自治就要求本身權力加上本身機關”，參見GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA，《…共和國憲法》，憲法第237條註六，第882頁。

¹⁶⁷ “按照行政分權原則的精神，由法律確定地方自治團體的職責，這是指由它所負責的公共利益，亦不能加在源自在規制該等事宜上有制定規範權限的自治機關，只要相關的性質豁免制定適用的規範並無保留在整個國家領土。我們已視此等事宜為制定自治規範保留的客體”。參見SÉRVULO CORREIA，《合法性》，第276頁。

¹⁶⁸ 對於權限原則與等級原則間之區分，參見GOMES CANOTILHO，《憲法》，第784至787頁。在按位階編排法淵源次序原則（在以生效的較高位階的規範為優先規則的有權限淵源發出規範競合的事宜上）及在國家與地方自治團體間規範權限的分割（在為一定種類的淵源作保留的事宜上，這是指制定自治團體規範的保留使由繼續保

現在須了解制定規範權限與監督權的結合¹⁷⁰。

由憲法第 243 條第 1 款產生的結果是對地方自治團體之行政監督，在於“審查對法律之遵守”(合法性原則)¹⁷¹，並且只可“在法律規定的情況及以法律規定方法”採取監督措施(監督措施法定典型性原則)¹⁷²。有人提出這樣的一個問題，就是“對法律之遵守”一句中所謂“法律”一詞的概念指甚麼。結合憲法第 243 條及第 115 條，GOMES CANOTILHO 及 VITAL MOREIRA 對“法律”一詞的概念持擴張解釋的觀點，意義在於“不但包含形式意義的立法行為(參見第 115 條第 1 款)，還包含聯繫自治團體的其他所有規範，包括從政府規章以至由本身自治團體發出的規範”¹⁷³。

誠然，根據這方式作出的解釋不但不能消除疑問，還引起另一個問題。這樣：應如何理解“聯繫自治團體”的“政府規章”？是指所有及任何的規章，儘管那些不包括在監督範圍內的規章，又或只是由政府為執行強加於自治團體的法律而制定的規章及在本身自治範圍內制定的規

存有有絕對權限的淵源發出的規範的原則生效的客體)這兩者間區分的共同意義上，參見 SÉRVULO CORREIA，〈“合法性”〉，第 276 至 278 頁。

¹⁶⁹ 關於一個“創設法律的國家中心視角”的“不適當及非實現主義”，體現在“制定法律規範的壟斷權”屬於國家，或者最低限度屬於某些具有制定規範化特權的公共實體，參見 GOMES CANOTILHO，〈《憲法》〉，第 776 及 777 頁。對於法律秩序多元性，出自憲法第 242 條，參見 VIEIRA DE ANDRADE，〈《規章自治權》〉，第 26 頁。

¹⁷⁰ 一般上，地方自治團體及地方權力的主題並非我們的意圖，特別是指行政監督，誠然，只是把它的一般輪廓及對於我們關心的題目更具意義的輪廓成為問題。在此當中我們不探討：地方規章典型形式的問題(見當中有 VIEIRA DE ANDRADE，〈《葡國行法律秩序》〉，載於《行政訴訟》，Livraria Cruz-Braga——1986 年，第 58 至 68 頁，當中對問題作出概述及引述主要參考書目)；獨立規章問題及法律優先原則，這不論是對於政府，還是對於地方自治團體(見當中有 SÉRVULO CORREIA，〈《合法性》〉，第一部份的第三章，特別是第 198 頁至第 250 頁及第 270 頁)；最後並非在市民基本權利的領域內制定地方自治規章權的干預問題。見同一作者的同一著作，第 268 頁至第 270 頁，以及 VIEIRA DE ANDRADE，〈《制定規章自治權...》〉，參考第 27 頁及續後。

¹⁷¹ 對於 GOMES CANOTILHO 及 VITAL MOREIRA，“雖然不會對“履行法律”這表述意義毫無疑問，但事實上，監督的功能並非監控地方行政的“適宜性”或符合一般利益，一如政府看這些利益一樣，雖是如此，只是保障地方行政立法性”。參見共和國憲法對第 243 條註解 11，〈《憲法》〉，第 897 頁。

¹⁷² 共和國憲法，註 3，同書。

¹⁷³ 參見共和國憲法，第 243 條註 2，第 897 頁。

章¹⁷⁴，SÉRVULO CORREIA 結合憲法第 243 條及第 242 條的理解怎樣¹⁷⁵？

基於這一目的，SÉRVULO CORREIA 清楚說明監督性質只限於合法性之監督，這種性質能協調“監督的存在與指導自治團體的自治權，因為審議地方權力機關決議的適宜性、適時性或適當性並不屬於政府”¹⁷⁶。

申言之，當憲法授權政府對地方自治進行監督，但又限制它要“對法律之遵守”（法律的監督），並在監督實體通則的限度內而為之，是由本身的憲法解決地方自治原則與更廣目的之行政實體監督控制原則間之潛在衝突，而所謂地方自治被理解為自治團體通則所限定的指導自治權。

作為地方自治團體活動合法性監督的行政功能¹⁷⁷，正擺脫監督實體的任何領導、指導或監管¹⁷⁸。因此，自治團體機關只“受中央機關的外部監督，目的為統籌自治團體活動與社會總體利益，而且是合法性監督，以確保總體法律秩序的完整性”¹⁷⁹。

2. “政府在監督範圍內的規章的緊縮”¹⁸⁰能協調等級原則與權限原則。

事實上，一方面，“政府規章及市政規章間嚴格的等級化可能設定

¹⁷⁴ “強加於自治團體在其本身自治權範圍內的法律是規定其機關的職責及權限的法律，以及是制度自治團體職責部份事宜的法律，誠然，由其性質，並不豁免制定適用規範，而無對全部國家領土保留”。參見 SÉRVULO CORREIA，《合法性》，第 279 頁。

¹⁷⁵ 參見《合法性》，第 279 頁。

¹⁷⁶ 里斯本教授還補充說：“我們因而有憲法賦予政府對自治團體以制定規章權，因前者是對後者行使監督的機關。而另一方面，這監督只要是合法，以確保指導自治團體的自治權。這些規定的邏輯結果是政府所擁有的制定規章權不能賦予它介入自治團體的生活及確定它行政政策指導的權能，超過監督實體地位所表現的權能”。參見《合法性》，第 279 頁。

¹⁷⁷ 對於監督與決定間的區分，參見 BARBOSA DE MELO，《行政法 II》，引第 64 頁續後。

¹⁷⁸ 對於這些概念，參見 Paulo OTERO，《行政階級》，載 DJAP, VI，第 66 頁及續後，以及同一作者，《行政階級的概念及依據》，Coimbra，1992 年，當中引用大量對該事項的參考書目。

¹⁷⁹ 參見 VIEIRA DE ANDRADE，《制定規章自治權》，引第 25 頁。

¹⁸⁰ 參見 SÉRVULO CORREIA，《合法性》，第 279 頁。

一種市與國家間的依賴關係”¹⁸¹。

另一方面，“自由使用規章途徑將為政府提供對自治團體在貫徹該法人職責方面給予行政政策指導或領導的可能性。自治團體的自我指導權將因此被政府架空，因而在活動上不像立法權的機關，反之是行政當局的機關”¹⁸²。

由此產生的結果是“固定在監督範圍的政府規章優先於自治團體規章”¹⁸³（等級原則）。反之，未被包含在監督範圍政府規章屈從於自治團體規章（權限原則）¹⁸⁴。

3. 在城市規劃法的領域內，須以同樣的方式考慮按照計劃的聯繫性及同一性問題所提出的等級原則及權限原則¹⁸⁵。

¹⁸¹ “如我們倒轉淵源間機關——等級間等級二項式，我們就不能回避驗證嚴格的區分淵源的位階，將不能停止在實際上產生把制定規範主體等級化”。參見上述著作，第278頁。

¹⁸² “在自治團體與政府間不存在任何依賴性關係，後者為自治區以外的機關，擁有對前者的監督權”。參見上述著作，同書。

¹⁸³ SÉRVULO CORREIA，《合法性》，279頁。

¹⁸⁴ 對於SÉRVULO CORREIA，“…當面對憲政系統，某些事宜被保留在特定的淵源種類，則不存在規範競合的可能性，這透過以位階較高的為優作結算。或有的互相矛盾的解決，確保了繼續存在由有權限淵源發出規範，與此同時另一方法並不適用，因為非有效”。參見《合法性》，第276頁，以及註(465)，當中作者引MAURER，對於他只有有效的規範才可以凌駕於另外的位階較低的規範之上。參見“*Allgemeines Verwaltungsrecht*”，第58頁。在註(466)援引CRISAFULLI，SÉRVULO CORREIA補充說：“現在權力垂直分立的制度內，本身形式的法律了解事宜的消極限制及權限標準在安排按位階的淵源的標準之前，只要是剛性憲法”。參見Lezioni di Diritto Costituzionale，第II卷，第179至190頁。最後，引述PUBOSA的話：“當國家使受憲法保障的自治團體的權限的範圍變為無效，法律應讓位予地方規範，誠然，這並不由於後者階級最高權力，反之是一個違反國家與地方自治團體間規範性權限分割的憲法性規制的結果”。參見“*Souranità Popolare e Autonomia locale*”，第243頁。

¹⁸⁵ 城市規劃計劃的等級原則不應與規範的等級原則相混淆，我們已在是項研究的第一部份作出分析。儘管兩種情況都是規範的等級問題，在第一種情況，它直接地落在計劃上，並間接地落在計劃所包括的規範，而第二種情況，所落在的是直接及絕對地在規範，這是指這情況是一種一般行政法的問題，與此相對，在別的情況下，我們則是面對一個城市規劃法的問題，參見ALVES CORREIA，上述著作，第53頁。這並不意味著規範階級原則給予我們的意義本身沒有只是在城市規劃領域內的重要性。我們看一個例子，遵守基本權利及憲法原則的預防措施的強制力是一種規範階級表現。參見OSVALDO GOMES，《城市規劃行動及預防措施》，載於《城市規劃法》，INA，1989年，第386頁。

對於城市規劃的等級原則，又或稱之為等級序列原則，在合法性原則及其必然結果¹⁸⁶，以及廣義的適度原則或“禁止過度”原則¹⁸⁷之外，構成其中一種自由塑造計劃內容的限制¹⁸⁸。該原則意即一項計劃的規定應尊重等級較高的計劃的命令¹⁸⁹。

一項城市規劃計劃¹⁹⁰從屬或受另一等級較高的計劃拘束則引致同一關係¹⁹¹。

然而，這將是城市規劃計劃（PDM）及領土整治計劃（PROT）¹⁹²間已等級化關係的純兼容性。

誠然，不論是對於同一性或兼容性的關係，對於任何情況，無效都構成對在城市規劃事宜上違反等級原則所規定的制裁¹⁹³。

對城市規劃內容，亦應從等級原則區分權限原則¹⁹⁴。

由法律實行的積極限定，在城市的“權限”目錄中包括制定及審議城市規劃計劃，這相對於賦予政府權限關於制定及審議領土整治計劃¹⁹⁵。這種積極限定使得前者能得以制定及審議，而不取決於後者事前存在。

¹⁸⁶ 參見 ALVES CORREIA，上述著作第 286 頁及續後。

¹⁸⁷ 上述著作第 296 頁及續後。

¹⁸⁸ 上述著作第 294 頁及續後。

¹⁸⁹ 參見 SCHMIDI-ASSMANN, “Grundfragen des Städtebaurechts”, Göttingen, Schwartz, 1972 年，在 ALVES CORREIA 同書。

¹⁹⁰ 我們論述到 PDM、城市規劃的一般及部份計劃和詳細計劃。隸屬一限於接受城市規劃計劃，即在相應階級緊接著的計劃，誠然，亦是在各位階層次較高的各計劃的全體其他計劃。參見 ALVES CORREIA，上述著作第 295 頁。

¹⁹¹ 上述著作，同書。

¹⁹² 上述著作，同書。

¹⁹³ 上述著作，同書。為使“等級原則”不被違反，有需要“對城市規劃計劃在生效後進行檢討的義務，如通過一個位階層次較高的計劃，當中規定“有衝突的”或“不協調前者”的解決方法”。參見 ALVES CORREIA 上述著作第 396 頁。

¹⁹⁴ ALVES CORREIA 沒有在我們將引述的著作中談到權限原則，特別是當論述 3 月 8 日第 77/84 號法令時，沒有把該原則從等級原則中獨立出來（參見上述著作第 295 頁註 222）。

¹⁹⁵ 對於 ALVES CORREIA，“法律從由層次較低的計劃的市所通過而取得的唯一法律後果，如無先前存在層次較高的計劃存在，就有需要一個政府的預防性監督監控，這是豁免其他情節”。參見《城市規劃...》，上述著作第 199 頁，以及註 56。

4. 在我們將引述的著作中，SÉRVULO CORREIA 提出第 77/84 號法令第 6 條第 3 款違憲性問題而被 ALVES CORREIA 駁斥¹⁹⁶。然而，面對既有的立法發展，可以視該類問題已被克服。

事實上，立法者感到有檢討法例的需要。為此，如果在第 208/82 號法令第 29 條第 3 款規定了政府通過城市規劃的總計劃及部份計劃以及明細的可能性，而不具備上述法律規定第 1 款所規定的條件；那麼，第 77/84 號法令規定的制定及通過該計劃的權限轉而成爲市的專屬權限（第 6 條第 2 款），因而設定政府“追認”這一先前行爲作爲對首兩類情況的生效的條件¹⁹⁷。

自 3 月 1 日第 69/90 號法令後，立法者當列舉拒絕“追認”的前提時，最終帶到 SÉRVULO CORREIA 所關注的方向上¹⁹⁸。

對於這樣的立法發展¹⁹⁹，我們將不會花費較多時間在違憲的問題上，我們只簡略提及三點。

5. 首先，爲使 ALVES CORREIA 的理由有效，言則“地方性城市規劃籌劃雖然對我們來說主要是一種市政功能，但並非一種專屬於市的活動，因爲涉及領土的一部份，被視作整個國家的聯繫”。因此，“完全解釋了法律最優先考慮市的利益，而考慮的方法是由城市負責制定及通過城市規劃，誠然，爲國家保留足夠強度介入進行監督，以便提防當中涉及具國家性質的利益”²⁰⁰。

¹⁹⁶ 對於 SÉRVULO CORREIA 論文，參見《合法性…》，第 275 頁註(464)。對於 ALVES CORREIA，參見“城市規劃計劃”，引第 271 頁註 173 及第 57 頁、第 199 頁、第 295 頁及第 475 頁。

¹⁹⁷ 對於此兩部法規更詳盡的發展，參見 João Paulo MIRANDA DE SOUSA，在《葡萄牙現行法律內都市化計劃》，載於《城市規劃法》，引第 348-350 頁。

¹⁹⁸ 我們要注意，對於 SÉRVULO CORREIA，第 77/84 號法令第 6 條第 3 款的事實並未列舉“任何拒絕通過的前提，及最低限度，那些前提只是在於違反決定制定有關計劃的規定”，這事實把“不適當地被確定的“追認”轉換爲按照非本義的合法性標準的事後(a posteriori)糾正保障”。參見《合法性…》，上述第 275 頁註(404)。

¹⁹⁹ 對於這問題，參見 ALVES COREIA，《葡萄牙城市規劃法最近改革的重點》，Livraria Almedina, Coimbra, 1993 年。

²⁰⁰ 參見上述著作第 271 頁註 173。

然而，為保衛介入問題進行監督的強度不限於對憲法第 243 條的“簡單合法監督”，我們認為這是過度及存在合憲的疑問²⁰¹。

6. 其次，我們不能從有關的規範推出它的違憲性²⁰²，誠然，只是在實際適用的時候，考慮法律解釋符合憲法原則²⁰³。

7. 第三點，論述前提理論。

正如 ROGÉRIO SOARES 教授所描述，“法律透過定出典型前提而規定行政人員之基本的及不可豁免的拘束。並在此之後，更穩妥地賦予他們一系列為實現公共利益的權力，我們稱之為廣義的權限。但是，這些權力只在可能的情況下擔負起法律的重要性”²⁰⁴。

對於“歷史環境情節”²⁰⁵，前提取得“其獨立重要性只如同限定在本身行為權限範圍的途徑，並且這重要性亦足以說明如同行政活動服從法律作為監督機制的決定性影響”²⁰⁶。

誠然，前提可能直接地或間接地指向服務人員，因此，未明確規定前提並不導致不存在²⁰⁷。因而非必然修改法例，正如我們先前作出的論述，用以保存第 77/84 號法令第 6 第 2 款的合憲性，儘管該法例已闡明了問題。

²⁰¹ 參見上述著作第 271 頁註 173。亦見上述 § 2º，12。

²⁰² 在這意義上，見 João Paulo MIRANDA DE SOUSA，他為阻止第 77/84 號法令第 6 條第 3 款因違憲而被判處死刑，主張“對條文的限制解釋，以便視為由它所准許的政府監控受限於按照相對於前者的計劃，此為規劃的規範以有拘束方式規範”。參見上述著作第 352-353 頁。

²⁰³ 對於這一原則，見 J. J. GOMES CANOTILHO，《憲法》，第 229 頁及第 230 頁及第 VII 憲法法院會議，《憲法司法及種類，對規範合憲性作裁判的內容及效果》，憲法法院，Lisboa，1987 年，特別在《一般報告》，第 57 頁及續後。

²⁰⁴ 參見《公共利益，合法性及適宜性》，第 134 頁。

²⁰⁵ 參見 ROGÉRIO E. SOARES，《行政法》，第 273 頁。

²⁰⁶ ROGÉRIO SOARES，《公共利益…》，第 158 頁。此外，在自治實體獨立規章的情況，須“承認規章性自我負責的領域及相應的豁免特殊法定疊架”，參見 VIEIRA DE ANDRADE，《規章性自治》，第 25 頁。

²⁰⁷ 在行為“直接或間接地接收到公共利益具體地繼續存在事實的前提”，參見 ROGÉRIO SOARES，《公共利益…》，第 148 頁。

8. 完全拒絕行政當局有其本身利益²⁰⁸，以及合法性監督往往仿似一種形式適合法律的判斷²⁰⁹，從以上兩個意念作前提出發，對一條准許使用自由裁量權（“追認”或拒絕“追認”）的規範，透過它或許可能出現的不當使用而斷定違憲，這可能揭露權力的過度。

另一方面，如果，作為權力聯繫到作為義務及以一定形式作為義務²¹⁰，則該義務不但強加城市在其制定及通過籌劃的任務方面，還強加於政府在介入問題進行監督的任務上，以斷定該市政活動的合法性。

我們或許可以提出這樣的疑問，公共利益優先原則再次回到法律是否正確的，以及行政活動最優性原則是否前一原則的最終必然結果²¹¹，以便知道“行為的形式配合公共利益的判斷，可否另外設定實質的配合：要知道該行為是否滿足公共利益的適當方法，是否恰當及合時——在最後的範圍上確定了適宜”²¹²。

現在，我們或許對行政監督引入適宜的問題²¹³，這往往要求對載於第 243 條憲法規定本身的目標作討論²¹⁴。

²⁰⁸ 《公共利益》，第 186 頁。ROGÉRIO 教授補充說：“行政當局的自身利益是第一層公共利益，這不外乎是第一層公共利益反射的特別部份及中心”。

²⁰⁹ 上述著作第 225 頁。

²¹⁰ 上述著作第 200 頁。

²¹¹ 上述著作第 142 頁。

²¹² 上述著作第 226 頁。

²¹³ 對於行政監督見司法見解，當中有 1986 年 6 月 19 日 STA 的合議庭裁決，載於 AD，第 XXVII 年、第 XXVII 年，8 月/9 月，第 320-321 號，第 1011 頁及續後，以及 1988 年 3 月 24 日法院全會議庭裁決，載於 AD，第 XXVIII 年，第 331 號，第 943 頁及續後，由 Paulo OTERO 所引述的主要參考書目，《行政階級的概念及依據》，Coimbra Editora, Coimbra，1992 年，第 222 頁，註(1)及(6)。

²¹⁴ 對於“缺乏適宜性監督”及一定的“行政封建主義”間的混淆，對於有需要重開有關“對適宜監督的益處及不便”的討論，只要在“非常有限的領域（保衛歷史文化財產、領土整治、保護環境、公帑管理，及還有某些），及縮減至必要的最低強度”，以及有必要由政府修改“關於自治團體的長期錯誤”，和“自治團體管理的政府化及黨派化”；及對於“嚴重的企圖，幾乎經常地是不可修復國家文化、風景及環境的平衡、在建業領域的葡國良好傳統等”，這都產生自“對自治團體政府適宜性監督的欠缺”，以及在“城市規劃廣闊領域”甚具意義。參見 FAUSTO DE QUADROS，《在城市規劃法事宜上的憲法及行政法基本原則》，載於《城市規劃法》，上述第 292 頁及第 293 頁。

然而，不論是對適宜還是對適宜監督問題，或許要求更深入的思索，這是由於本文的性質及篇幅所未能提供的。

9. 先前我們已看過由於計劃一致及協調問題而得出無效處分的問題。

同樣地，透過未被城市規劃籌劃工具所涵蓋的個別決定所實現的城市規劃發展為無效²¹⁵。申言之，由於違反籌劃的義務，這被理解為加深城市規劃發展符合計劃原則²¹⁶，以及隨後任何由自治團體機關發出的決議不符合城市規劃計劃²¹⁷。

然而，城市規劃發展符合計劃原則——雖然，在葡國城市規劃籌劃的努力已很普及，但仍未有相關的憲法判例——表現其他的法律效果及其他的潛在性，這些都是我們眼下所不能深入的。

10. 然而，我們再向前推進，就可能構建發出執照權，這是建基於該原則。

與被納入名為事前 (*a priori*) 統整監督²¹⁸ 的政府干預聯繫的發出執照權，遵守的並非狹義考慮的城市規劃法，而是建築行政法或“制定建築規章法” (*Bauordnungsrecht*) 的特殊的及中心的問題。

²¹⁵ 參見 SCHIMDT-ASSMANN, “Grundfragen”, 上述第 70 頁；ERNST/ZINKAHN/BIELENBERG, 上述著作 1, 第 4 頁及續後；ERNST, HOPPE, 上述著作, 在 ALVES CORREIA 的上述著作第 289 頁註 205。

²¹⁶ 參見 ERNST/HOPPE, 上述著作第 136 頁及第 137 頁 ALVES CORREIA, 同書, 註 206。

²¹⁷ 參見 RUI MACHETE, 第二號意見書, 載於《公法及政治科學研究》, 在第 493 頁, 及按照市議會宣告的決議不協調城市規劃化的部份計劃, 引致違反法律, 在任何時間都可反駁, 這因而意味著一個無效 (根本性無效)。作者支持被廢止的第 828 條; 行政法典第 2 款獨一項及行政法院程序法現在的第 63 條及第 66 條——7 月 16 日第 267/85 號法令。由行政法院程序法第 63 條期待地援引行政及稅務法院章程第 51 條第 1 款 e) 項——4 月 27 日第 129/84 號法令, 這是指為規章規範或由上述實體在履行行政職能所發出的其他規範的上訴, 特別是第 51 條 c) 項 (地方管理機關), 以及對這些規範宣告違法的請求。這種對規章及對比作者對城市規劃計劃性質所持的態度的規範進行行政司法上訴, 對他並非一個規範行為 (規章), 誠然, 是一個“無規範性內容的一般行政行為”。參見上同, §2° — 11。

²¹⁸ 對於因違憲而不接納事前 (*a priori*) 統整監督, 參見 J. OSVALDO GOMES, 《城市規劃操作及預防措施》, 載於《城市規劃法》, 第 390 頁。

因而應把事前統整監督排除在城市規劃事宜的監督範圍。這類監督只是事後(*a posteriori*)監督、合法性監督，並且落在市所通過的計劃上。我們並不把它帶入到事前統整監督的違憲性的論題上，而是把城市規劃法範圍的研究移到建築的行政法範疇上。

11. 另一方面，我們理解到對行政法本身領域，應把發出執照權包括在聲明及異議權的自我監督內，或應投在執行的自我監督內。但這些問題要求一個超越狹義的城市規劃法（*Öffentliches Baurecht*）²¹⁹ 領域的另類反思，這裡應被理解為包含“制定計劃規章權”及制定土地規章權（*Bodenordnungsrecht*）。

²¹⁹ 在德國，一般區分了“建築公法”（*öffentliches Baurecht*）及“建築私法”（*privates Baurecht*）。然而，那表述由 ALVES CORREIA 翻譯為“城市規劃法”的意思。參見上述著作，第 90 頁。

其 他
